

# **LA RESPONSABILIDAD O CULPABILIDAD DEL MENOR INFRACTOR A LA LUZ DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE MENORES**

**DR. JOSE GONZÁLEZ DEL SOLAR**

**El Dr José González del Solar, es Juez de Menores de la Provincia de Córdoba.**

**Es autor de numerosos libros sobre el tema Derecho de Menores.**

**Catedrático Universitario.**

**Miembro de la Asociación Argentina de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores y Familia.**

**El presente trabajo corresponde su disertación en el Encuentro Regional de la Asociación Argentina de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores y Familia, realizado en Jujuy en el mes de Junio de 1999.**

El tema sobre la autonomía el derecho de menores en el ámbito penal plantea, con frecuencia que se hable de Derechos del niño y de Derecho de menores de una manera tal que la afirmación de uno parece implicar la negación del otro.

La aparente contradicción obedece a que en su consideración se suelen superponer perspectivas distintas, lo filosófico, lo científico y por que no lo ideológico.

Un planteo epistemológico serio, obliga a discernir tales perspectivas así como también obliga a ser explícito sobre cual es la que se escoge como propia para un determinado desarrollo ,si lo filosófico y lo científico o vamos a entrar en el terreno de las confrontaciones ideológicas.

El prestigioso Ferrajuoli nos recuerda que lo filosófico es deontológico y por lo tanto prescriptivo en cuanto se ocupa del deber ser, proponiendo su conexión en los ordenamientos normativos a este plano, el filosófico, y a él pertenecen los derechos del niño proclamado por la conciencia jurídica internacional .

Lo científico en cambio es ontológico y más bien descriptivo pues su estudio recae sobre el ser, aunque puede devenir eventualmente en crítico del ser a la luz de lo filosófico. A este plano pertenece el Derecho de Menores como ámbito de la ciencia del Derecho, si ubicamos todo lo que trata sobre los derechos del niño en el plano deontológico ,y lo que trata sobre el Derecho de Menores en el plano ontológico del ser de la Ciencia del Derecho ,dejando lo ideológico que hoy es materia de fuertes confrontaciones.

Lo ideológico representa un recorte en lo filosófico, y lo científico generalmente como lo dice Ferrajuoli confunde el deber ser como algo que sirve a la lucha a favor de ciertos intereses, con un planteo reduccionista y simplificador de la realidad que carece de rigor intelectual .

Esto lo suscribiría perfectamente Bunge el gran metodólogo.

El tema que se nos ha confiado tiene connotaciones filosóficas y científicas y trataremos de desarrollar ordenadamente como aporte a un ya largo extenuante debate que parece no hallar fin de ciertas interferencias ideológicas que ha signado en la última década su desenvolvimiento.

El interrogante es, existe, o no, un Derecho de Menores como campo autónomo. Hablar de autonomía obliga a situarse en dos dimensiones diferentes ,la de la ciencia jurídica y la de las normas judiciales.

El vocablo Derecho expresa tanto un campo del saber científico como el objeto de estudio de ese campo científico , entonces lo que nos preguntamos es, si existe un Derecho de Menores en la ciencia jurídica y en caso afirmativo, recae su estudio sobre normas específicas que ocupan un lugar determinado en el ordenamiento vigente en mérito a la peculiaridad de la materia que trata?

Entendemos que hay un Derecho de Menores como disciplina jurídica, y un Derecho de Menores como ámbito de legislación peculiar específico.

En lo científico, no hay duda que la llamada autonomía de una especialidad jurídica en el concierto de parte que integran un todo es siempre relativa.

La posibilidad de una autonomía se elabora desde un objeto propio y principios que lo sustenta, no siendo indispensable la existencia de un método original, que en rigor pertenece a la ciencia jurídica en general , aunque de existir un determinado ámbito específico puede incorporar al método connotaciones particularizantes en razón del objeto .

Entendemos que para hablar de autonomía debemos tener en cuenta si hay objeto de estudio y principios propios. Ello concurre en el llamado Derecho de Menores como disciplina jurídica que se ha ido forjando y consolidando en el último siglo.

Su objeto material esta dado por el conjunto de normas jurídicas que se refieren al menor de edad, o sea al incapaz por edad, estén ellas dispersas o colectada en un solo cuerpo de legislación.

El Derecho de Menores estudia el universo de normas jurídicas que se refiere a la persona distinguida como menor de edad , al incapaz por edad.

Su objeto formal , como enfoque específico de abordaje del objeto material se ciñe a dichas normas jurídicas, que también son considerados por otras especialidades ,tales como la Civil, Penal, Laboral.

Aunque, el Derecho de Menores tiene un objeto formal propio en cuanto que promueve el desarrollo integral de un hombre menor de edad , el interés selectivo del Derecho de Menores, está en ese segmento de la existencia humana conocido como niñez que corre entre el nacimiento y la edad de 18 años . En nuestra legislación civil hasta los 21 años, reconocido jurídicamente como estado de minoridad al que le asisten derechos específicos y que requiere de garantías apropiadas en un plano normativo que lleva al descubrimiento de principios, que los especialistas se empeñan en ordenar y que quizás puedan condensarse en dos principios liminares como son que la legislación debe promover integralmente el desarrollo del hombre en su niñez y promover suficientemente la incorporación del niño en igualdad de oportunidades a la vida social .

Con respecto al método no necesariamente debe ser original. Mendizábal y Osés agregaba y que la consideración del objeto debía hacerse con una visión neo-estructural mirando las normas jurídicas en cuanto que garantizan la integración del niño en los distintos aspectos de su personalidad como la integración de la sociedad a la que pertenece valores leyes, costumbres y la estructura de la personalidad del niño y la inserción de esta personalidad en la estructura social el hablaba de un método neo-estructural en cuyos lineamientos desarrolla el Derecho de Menores su teoría general como rama de la ciencia jurídica.

Por su parte, el Derecho de Menores en su faz normativa, es decir si hay un derecho de menores como ordenamiento de normas se distinguen de otras ramas, debemos entender que autonomía supone un proceso de unificación que concentra la totalidad de las normas relativas al menor de edad en un mismo cuerpo de legislación reuniendo y sistematizando en un todo armónico las reglas que declaran la incapacidad del niño y lo sujetan a lo dispuesto como potestad.

Esta concepción del Derecho de Menores tiene su fin en concentrar todo lo referente a la niñez en un Estatuto Propio . Es lograr que una formulación ordenada y sistemática logre un mayor conocimiento y observancia del mismo, lo que no propicia la actual dispersión normativa que se advierte en la mayoría de la legislación del mundo. Aunque no desconocemos la dificultad práctica que hay para esta concentración normativa, debido a que el niño esta implicado en el hombre y el hombre en sus derechos, de modo tal que las diferencias que funda ámbitos de legislación específicas responden por lo común más a la naturaleza de las relaciones jurídicas que a la peculiaridad sujetos relacionados entre si, cierto es que el mismo desarrollo del Derecho de Menores como especialidad científica va impulsando desde los principios reconocidos por la legislación y particularmente desde los contenidos en la Convención de los Derechos del Niño una producción normativa congruente y completa que aunque se esparcen diferentes códigos y leyes por materia ya consolidada civil, penal etc, está reclamando desde hace tiempo un esfuerzo que permita formarse como una nueva rama del ordenamiento jurídico .

Nuestro punto de partida para entrar a la autonomía penal es que hay un Derecho de Menores con perfiles propios en la ciencia jurídica, cuyas normas están dispersas, inconexas con desarrollo dispar , pero hay una exigencia a partir de la Convención de avanzar en el proceso de ordenamiento de las normas que se refieren a la niñez ,que más atiendan al sujeto que a las relaciones en si.

Para entender si hay una autonomía en lo penal , el examen precedente era indispensable para arribar de lleno el tema central . Admitida la existencia de la autonomía del Derecho de Menores en el concierto de las disciplinas jurídicas dentro del cual cobra indudable importancia el estudio de las normas relativas a las acciones delictuosas protagonizada por el menor de edad y sus consecuencias, toca indagar si esas normas admiten distinción respecto a las que integran el Derecho Penal, o si por el contrario han de pertenecer a ese derecho penal como una regulación al modo que lo ha entendido un sector de la doctrina , entre nosotros, Raul Viñas en su libro Delincuencia juvenil y Derecho penal de menores o si debe integrar el Derecho Penal, en el marco de una entera asimilación al sistema penal como lo propugnan entre otros, la Dra Zullita Felini en Derecho Penal de Menores o en el libro Derecho de la Infancia en América Latina el Dr Emilio Garcia Mendez.

El interrogante es si vamos hablar de un Derecho de Menores referido también a lo delictual o lo delictual integra el ordenamiento jurídico penal como régimen especial, con una entera asimilación a sostener que sus disposiciones sirven únicamente como canal para la aplicación del Derecho Penal a la minoridad, haciendo prevalecer las medidas de seguridad sobre las punitivas en razón de la edad y de las circunstancias. Primero la medida de seguridad, después la pena ,y el tiempo que ha corrido como medida de seguridad deberá computarse para la pena si es que la medida de seguridad no alcanza y hay que imponer una medida punitiva.

Quienes por otro lado pretenden su entera asimilación a lo penal, aseguran que los principios de legalidad y reserva penal brindan al niño un marco de protección contra la discrecionalidad posible del régimen de tutela y corrección.

Nuestra posición se apoya en dos niveles de consideración, uno filosófico que mira al deber ser de toda legislación que se proponga auspiciar el desarrollo integral de la persona humana desde las primeras etapas de su vida, otro científico que proyecta ese deber ser, principalmente a través de la convención sobre nuestra legislación .En el nivel filosófico partimos de la concepción de la minoridad como el estado civil que reconoce a la niñez, el Derecho a una protección genérica ante la vulnerabilidad emergente de la edad y a una protección específica en situaciones de conflicto y partimos de ello para sostener la posibilidad y aún la necesidad de un ordenamiento tutelar autónomo .

Ahora bien, centrada la protección del menor en su incapacidad para ejercer su Derechos y contraer obligaciones sujetos a la potestad y representación de sus padres o tutores, el ordenamiento autónomo posible en lo delictual, solo puede estar integrado por las normas que se refieren a dicha incapacidad, a sus consecuencias y remedio, ello si avanzamos hacia un ordenamiento jurídico minoril autónomo .

Si en ese ordenamiento hay que incorporar lo delictual se debe partir de la consideración del niño, como menor de edad incapaz. Es decir desde nuestro punto de vista no podrían incorporarse a ese ordenamiento disposiciones que traten sobre la incapacidad penal del menor de edad.

La inimputabilidad en cualquiera de sus concepciones como incapacidad para obligarse penalmente cuando se funda en la edad , aparta de lo penal al niño y permiten que las disposiciones aplicables se integren a un sistema autónomo del Derecho de Menores en cualquiera de sus concepciones, por ejemplo aquellas sobre la culpabilidad como fundamento de necesidad y medida de la pena ,a posturas que invierten la culpabilidad por un simple sistema de responsabilidad , o aquella que desarrolla su concepción sobre la fidelidad al derecho, y la culpabilidad del delito cometido como el déficit de motivación respecto a la ley penal en cualquiera de las concepciones

Nosotros sostenemos la incapacidad para obligarse penalmente por parte del niño lo cual permite la incorporación de lo delictual en el niño al Derecho de Menores, entendido como un ordenamiento autónomo, siendo aconsejable que las normas relativas

a las acciones delictuosas protagonizado por el por el inimputable se independicen de la tipología penal.

Es necesario que el menor inimputable esté fuera de las categorías del Derecho Penal.

Esto trae consigo, la necesidad de entender en forma autónoma y establecer un régimen integral de protección sobre esta categoría de menor.

Sin caer en la celada de culpabilidad responsable que lleva a un fraude de etiquetas, ya que so' pretexto de responsabilidad excenta de culpabilidad, igualmente se esta introduciendo casi de contrabando la culpabilidad del incapaz por edad ,el menor inimputable tiene que estar fuera de las categorías del Derecho Penal.

Esa consideración autónoma exige a la vez que se establezca un régimen integral como decía antes no solo ante la conveniencia de una tipología delictual particular sino ante la necesidad de determinar medida de tutela y corrección aplicable en los diversos supuestos cuya indeterminación actual ,dá pié a arbitrariedades y críticas por doquier.

El Estado Argentino debe a sus niños una legislación autónoma , integral, en cuanto a la incapacidad por edad ,que supere las enormes dificultades que provienen de la actual dispersión de una normativa incompleta .Es necesario que la corrección de niños responda al compromiso asumir . reafirmando en la legislación referida a la delincuencia infanto juvenil el compromiso derivado de la ley nacional 23.849 ratificatoria de la Convención, cuando reconoce el derecho del niño a ser protegido y asistido especialmente por el Estado según el art 20 de la Convención. tratar de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor que fortalezca a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido, dignidad y el valor que fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros .