

- | | | |
|---|---|--|
| B) PERDIDA | { | delito - art. 307 inc. 1º Cód. Civil
exposición o abandono - art. 307 inc. 2º
Cód. Civil
consejos inmorales, peligro material o moral - art. 307 inc. 3º Cód. Civil |
| C) PERDIDA DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD | { | Condena por delito grave - art. 308 C. Civil
Reincidencia delictiva - art. 308 Cód. Civil
Inhabilitación especial - art. 20 bis C. Penal
Revocación de la habilitación de edad -
Pena de prisión o reclusión mayor de tres años - art. 12 Cód. Penal |
| D) SUSPENSION DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD | { | ausencia - art. 309 Cód. Civil
incapacidad mental - art. 309 Cód. Civil
excesiva dureza de trato - art. 309 C. Civil
inconducta notoria - art. 309 Cód. Civil
negligencia grave - art. 309 Cód. Civil
Inhabilitación |

A los casos que hemos señalado debemos agregar, como circunstancias tipificantes de suspensión de la patria potestad en la titularidad y en el ejercicio, las siguientes:

- | | | |
|-------------------------------------|---|--|
| E) SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD | { | Profesión monástica - art. 306 inc. 2º C. Civil
Adopción simple
Habilitación de edad |
|-------------------------------------|---|--|

Recordemos finalmente que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7º de la ley 22.278 sobre régimen penal de los menores, el juez interviniente se encuentra facultado para decretar la pérdida de la patria potestad, o la privación y suspensión de su ejercicio.

CAPÍTULO VI

ADOPCION. TUTELA

41. LA ADOPCION. RESEÑA HISTORICA DE LA INSTITUCION

La adopción reconoce antecedentes remotos, que deben ser puestos de manifiesto antes de dar el concepto que nos merece la institución, ya que en sus orígenes tenía motivaciones distintas a las que ahora presenta. No obstante ser disímil la fundamentación de la adopción resulta con claridad que en todo instante campea en ella la ficción —mentira técnica— que hace suponer a una persona hija de otra que en realidad no es su progenitor.

En el Código de Hammurabi, entre los años 2283 a 2241 antes de Jesucristo, ya se regulaba la adopción en Babilonia y la conocieron también los hebreos (Efraín y Manasés, hijos de José, fueron adoptados por Jacob; Moisés por Ter-mula, hija de Faraón).

Los textos bíblicos hacen referencia a la institución del "Levirato", que obligaba a los hermanos del esposo muerto sin descendencia a casarse con su cuñada para darle sucesión, llevando el primogénito el nombre del muerto y siendo considerado hijo de éste (1).

(1) En el *Deuteronomio*, 25, 5, se expresa: "Ley del levirato. Cuando dos hermanos habitan uno junto al otro y uno de los dos muere sin dejar hijos, la mujer del muerto no se casará fuera con un extraño; su cuñado irá a ella y la tomará por mujer, y el primogénito que ella tenga llevará el nombre del hermano muerto, para que su nombre no desaparezca de Israel".

Tanto el Levirato como otras instituciones similares que rigieron las costumbres de los pueblos antiguos se basaban en la finalidad de otorgar descendencia a quien no la tenía o había fallecido sin hijos, asegurando de tal modo la subsistencia de la familia, con la consiguiente transmisión del nombre, el patrimonio, el culto de los dioses, etcétera.

Para lograr ello se recurría a la ficción de considerar al ser engendrado por el hermano u otro pariente como verdadero hijo de quien no había procreado.

En Roma se conocieron dos clases de parentesco adoptivo: el derivado de la *adrogatio* y el proveniente de la *adoptio*. En el primer caso se incorporaba a la patria potestad de un jefe de familia todo un grupo familiar carente de capacidad jurídica. En la *adoptio*, por el contrario, la relación se establecía entre el *pater familiae* y el individuo adoptado.

Posteriormente surgen en Roma otras instituciones como la del "alumnado", que incorporaba a un menor a un grupo familiar donde, sin vínculo de parentesco, se establecía una obligación asistencial entre "alumno" y "nutridor".

En el antiguo derecho español se regulaba la adrogación y la adopción de manera similar a la romana, pero además existían instituciones de protección al menor tales como el "prohijamiento" (Fuero Real y Leyes de Partidas), parecido en su regulación al alumnado romano, y normas sobre guarda de los expósitos por las que se declaraba a estos menores legítimos a los efectos civiles⁽²⁾.

Estas disposiciones pasaron a regir en nuestras tierras hasta que, sancionado el Código Civil, no se reguló en el mismo la adopción ni otros tipos de instituciones similares en razón de considerarse que no era conveniente introducir en la familia a un tercero extraño a ella, así como también

(2) Ver MOLINARIO, Alberto D., *De la inconveniencia de la adopción y de los horrores que origina la ley 13.252*, Jurisprudencia Argentina, 1966, T. VI, secc. Doctr., p. 89.

que la adopción se encontraba en franca decadencia en aquellos lugares donde existía. En opinión del codificador Vélez Sársfield "... desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más vasto campo, qué necesidad hay de una ilusión..."⁽³⁾.

Luego de ser presentados diversos proyectos tendientes a establecer legislativamente la adopción en nuestro país, se sanciona en el año 1948 la ley 13.252 que establece la adopción en el tipo de adopción simple, es decir revocable y sin aniquilar el vínculo de origen.

Esta ley, luego de una vigencia de veintitrés años durante los cuales fuera objeto de variadas críticas, fue derogada por la actualmente vigente ley 19.134, de fecha 21 de julio de 1971.

En atención a su importancia, nos detendremos detalladamente en esta ley, haciendo un análisis de sus disposiciones, efectuando las comparaciones pertinentes con la ley derogada e insistiendo sobre sus notas más características y esenciales.

42. CONCEPTO DE ADOPCION

Reseñados los antecedentes históricos de la adopción corresponde ahora dar su concepto.

Al hacerlo ponemos de manifiesto que ésta es una institución de protección a la minoridad y que, por sus características, encuentra justificación en los estados de desprotección o abandono en que se encuentre un menor.

Al mismo tiempo, la adopción es instrumento apto para que quienes pueden hacerlo otorguen al menor adoptado el afecto y caudal espiritual propio de toda actividad de resguardo integral y formativo. Pero esto no es sino la consecuencia del amparo prodigado por la adopción y el resultado de la finalidad proteccional que ella tiene por esencia.

(3) Nota de elevación del Libro Primero del Proyecto de Código Civil.

Es frecuente que los derechos-deberes que la adopción impone a los adoptantes para la satisfacción de su delicada labor sean trastrocados y que se ubiquen en lugar prioritario, desplazando a lo que constituye en todo momento el sustento de la adopción, es decir, que se trata de una de las instituciones que conforman la protección jurídica a la minoridad y que su instrumentación jurídica debe responder cabalmente a tal idea.

Definimos, en consecuencia, la adopción como la institución de protección al menor en estado de abandono, por la cual se procura dar a éste el marco sociocultural de pertenencia primaria del cual carecía o que se encontraba desestabilizado, creándose una situación análoga a la filiación legítima.

Son, por lo tanto, presupuestos de la adopción que el adoptado sea un menor en estado de abandono, el cual se procura superar precisamente a través de la institución, y la presencia de un matrimonio o familia que acoge al menor para otorgarle protección integral.

43. CLASES DE ADOPCION.

En doctrina y en la legislación internacional se distinguen diversos tipos de adopción, que difieren según los alcances que el vínculo adoptivo posee y por los efectos que produce.

a) *La adopción simple.*

La adopción simple coloca al adoptado en la situación de hijo legítimo del adoptante, pero la relación de parentesco sólo se entabla entre ellos.

El adoptado no se vincula con los parientes de la persona que lo adopta e, igualmente, conserva su filiación de origen. La patria potestad del padre de sangre se suspende para pasar al adoptante y puede retornar si se produce la

muerte del adoptante o se lo sanciona con alguna de las especies de modalidades a que se encuentra sujeta la patria potestad.

También retorna la patria potestad si es revocada la adopción, característica esencial de este tipo adoptivo y al cual nos referiremos más adelante. Digamos ahora que, como consecuencia del mantenimiento de la filiación de origen —recordemos que a nuestro entender la adopción sólo establece un vínculo de parentesco—, el menor puede adicionar al apellido del adoptante el suyo propio; en caso de caer en la indigencia puede pedir alimentos a sus parientes de sangre; los hereda y se encuentra sujeto a los impedimentos matrimoniales derivados de su verdadera filiación.

Como dijéramos, lo que hace a la esencia de la adopción simple es su revocabilidad.

Tratándose de un vínculo que no reconoce origen natural y que resulta sólo de una creación del derecho, aparece lógico que se admita la renuncia al estado adoptivo por causales de entidad mientras el adoptado sea menor o por mutuo acuerdo con el adoptante cuando arriba a su mayoría de edad.

De tal manera, el emplazamiento del menor en su condición de adoptado no es definitivo y puede darse oportunidad a que retorne a su familia de origen o sea nuevamente adoptado. No debe olvidarse que el vínculo ha sido establecido por lo general sin escuchar su opinión o comprender los alcances que posee y que no puede obligarse a mantener un lazo que no encuentra fundamentación en la sangre.

b) *La adopción plena.*

Como variante de la anterior y dirigida a hacer más profundos los efectos del vínculo adoptivo, aparece la adopción plena que es receptada en la legislación internacional generalmente acompañando a la adopción simple o menos plena.

Se caracteriza este tipo de adopción por aniquilar el vínculo de origen del menor (es intención de la ley terminar con su verdadera filiación), creando en su reemplazo el vínculo adoptivo que une al adoptado con el adoptante y los parientes de éste, con la calidad de un hijo legítimo del adoptante.

Las consecuencias de tan trascendente característica son la irrevocabilidad del nuevo vínculo; el apartamiento total y definitivo del menor respecto de su familia de origen; la imposibilidad de que el adoptado se beneficie con derechos que provengan de sus parientes de sangre y de que efectúe adiciones al apellido del adoptante.

La adopción plena fue originariamente concebida como una institución destinada a los menores sin filiación establecida o abandonados (⁴), pero esta limitación ha sido dejada de lado para alcanzar otras instituciones que no aparecen suficientemente justificadoras de la posibilidad de adoptar plenariamente.

La inscripción de la adopción plena, al igual que la de la adopción simple, se realiza en el propio título de estado del menor, vale decir, en su partida de nacimiento originaria.

Pero en el tipo adoptivo que veremos seguidamente —variante de la adopción plena— ello no ocurre. Se torna en consecuencia posible en las adopciones simple y plena no legitimante, determinar el verdadero origen del menor y ello condice con la posición de no ocultamiento de la realidad, propiciada insistentemente por los profesionales que intervienen en este ámbito de la problemática minoril.

c) *Legitimación adoptiva.*

Con efectos similares a los de la adopción plena aparece regulada en algunos países la legitimación adoptiva que,

(⁴) En nuestro trabajo *Adopción plena y declaración judicial de abandono* (El Derecho, T. 34, p. 961), propiciamos la restricción de la adopción plena para tales supuestos, como así también la acreditación del estado de abandono en forma previa y por vía judicial.

respondiendo a la idea de ocultamiento de la verdad de su origen al menor adoptado y a los terceros; comprometiendo en la falsedad a los adoptantes, profesionales, magistrados y funcionarios intervinientes en el juicio de adopción, establece el secreto absoluto de las actuaciones y destruye la partida de nacimiento originaria del menor para reemplazarla por una nueva donde los adoptantes aparecen como progenitores legítimos.

Este tipo de adopción impone el secreto respecto del origen del adoptado de manera coactiva, sancionando a quienes revelen la verdad del origen del niño. Se aparta con ello de los constantes reclamos que se formulan para que se instruya al menor acerca de su origen, convirtiendo a la adopción en instrumento de crítica, pues permite sostener que sólo tiene por miras el interés de los adoptantes y no los del menor (⁵).

44. ANALISIS DE LA LEY 19.134.

Con la sanción de la ley 19.134, del 21 de julio de 1971, nuestro país ha introducido en su legislación a la adopción plena, regulándola conjuntamente con la adopción simple, si bien con características y modalidades propias que analizaremos al estudiar sus disposiciones.

La ley de adopción se divide en cinco capítulos y contiene treinta y seis artículos, más uno de forma. El capítulo primero se refiere a las disposiciones generales, comunes para ambos tipos de adopción y abarca los artículos 1º a 13.

(⁵) En el *Curso sobre la adopción*, realizado por el "Centre International de L'Enfance" se expresa: "Revelar al niño su condición de adoptado es unánimemente reconocido como deseable. El niño debe ser progresivamente familiarizado con la noción de "hijo adoptado". La edad en la cual el niño debe ser informado varía con cada niño, y depende del despertar de su personalidad. Un Congreso reunido en Londres en 1952, ha designado los tres años como edad favorable. En Holanda... una ley obliga a los niños, colocados en familias que no son su familia de origen, a comparecer ante el juez a la edad de catorce años... En esta ocasión los niños saben necesariamente su verdadera condición. En Suecia, el niño a adoptar, de más de 12 años, comparece ante el juez y es informado de su futura condición" (pág. 68).

El capítulo segundo se refiere a la adopción plena (arts. 14 a 19); el tercero trata de la adopción simple (arts. 20 a 29); el capítulo cuarto versa sobre nulidades y forma de inscripción de la adopción (arts. 30 y 31), en tanto que el quinto regula el efecto de la adopción conferida en el extranjero (arts. 31 a 36).

a) *Disposiciones comunes a ambos tipos de adopción.*

La ley 19.134 comienza estableciendo en su artículo 1º: "La adopción de menores no emancipados podrá tener lugar por resolución judicial, a instancia del adoptante. También podrá ser adoptado, con su consentimiento, el hijo mayor de edad del otro cónyuge".

Esta disposición aparece sumamente confusa y técnicamente desajustada. Lo que la ley quiere significar en su primer párrafo es que todo menor de edad puede ser adoptado, circunstancia notoriamente distinta de la contemplada en la derogada ley 13.252, que sólo admitía la adopción de menores hasta la edad de 18 años.

Resulta discutible la ampliación que efectúa la ley. Si la adopción es una institución que tiene por miras otorgar un hogar a un menor para formar en él su personalidad, no se advierte que pueda ello ocurrir tratándose de menores próximos a la mayoría de edad, con el agravante que, al establecerse en el artículo 2º, párrafo 2º de la ley, que el adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado, puede darse lugar a que la adopción se convierta en telón que oculte una relación equívoca.

La doctrina y congresos especializados han insistido en que la adopción se justifica y encuentra máximas posibilidades de beneficio para el menor cuando la relación se entabla en los primeros años del adoptado y por ello aparece desacertada la citada norma.

En lo que respecta a la adopción del hijo mayor de edad del otro cónyuge, se trata de una total desvirtuación

de los fines de la institución, que es transformada en solución de las apariencias legales pero en divorcio absoluto de la esencia de la adopción.

Prosigue la ley disponiendo en el artículo 2º, párrafo 1º: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor".

La primera parte del artículo se complementa con lo establecido en el artículo 5º, que dice: "No podrán adoptar: a) Quien no haya cumplido treinta y cinco años, salvo los cónyuges que tengan más de cinco años de casados o que aun no habiendo transcurrido este lapso se encontrasen en la imposibilidad de procrear. b) Un abuelo a su o a sus nietos."

A su vez, y siempre refiriéndose a las condiciones para ser adoptante, la ley señala en el artículo 8º: "Ninguna persona casada podrá adoptar sin el consentimiento de su cónyuge" y a continuación establece las excepciones que se refieren a los casos de divorcio, separación de hecho, insania y ausencia con presunción de fallecimiento o transcurso del plazo legalmente señalado para tal declaración.

De las disposiciones mencionadas emerge que toda persona mayor de treinta y cinco años, soltera, viuda, divorciada o casada, puede adoptar. Pero dicha edad mínima no es requerida si se trata de cónyuges con más de cinco años de casados y sin descendencia. Además, para la adopción por persona casada es menester el consentimiento del cónyuge que no adopta.

En verdad, si la adopción tiene como primordial finalidad formar una familia donde ingresa el menor adoptado, no se advierte la razón que existe para que puedan adoptar las personas solteras, viudas o divorciadas. Lamentablemente, en tales casos suele colocarse al menor en la condición de objeto sobre el que se descarga un afecto contenido o no brin-

dado, proporcionando una sobreprotección lejos de ser beneficiosa para el menor.

También la ley permite que en caso de muerte del adoptante se pueda realizar una nueva adopción. Como la adopción plena impone al adoptado el apellido del adoptante, según veremos, y dado que la ley sobre el nombre de la persona física permite el cambio del nombre del adoptado hasta la edad de 6 años (ley 18.248, art. 13), podría darse el caso de que un menor llegue a tener tres nombres y apellidos distintos de manera sucesiva: el de origen, el derivado de la primera adopción plena y el fijado por posterior adopción. Tal problema no ha sido contemplado por la ley.

Prosiguiendo el análisis de las disposiciones generales de la ley en lo que atañe al adoptante, observamos que el período de guarda previa a la adopción —que en la derogada ley era de dos años—, ha sido reducido a un año, expresando el artículo sexto: “El adoptante deberá haber tenido al menor bajo su guarda durante un año. Esta condición no se requiere cuando se adopta al hijo o hijos extramatrimoniales del adoptante, o al hijo o hijos de su cónyuge”.

Sin embargo, nada impide que la adopción sea judicialmente demandada antes de que se cumpla el período de guarda, estableciendo el artículo 10, inc. f), que “La acción podrá interponerse antes de cumplido el plazo del artículo 6º, pero la sentencia sólo surtirá efecto a partir del vencimiento de aquél.” Ello constituye una excepción al principio general expresado en el artículo 13 de la ley, que acuerda efecto retroactivo a la sentencia, a la fecha de la promoción de la demanda.

Una muy importante disposición de la ley es la que permite la adopción aun cuando el adoptante tenga descendientes. En tales supuestos expresa la ley que la adopción se acordará con carácter de excepción.

Dice en tal sentido su artículo 4º: “La existencia de descendientes, legítimos o no, del adoptante no impide la adopción, pero en tal caso aquéllos podrán ser oídos por el juez

o tribunal, si lo considerasen necesario y fuesen mayores de ocho años. Ello no obstante, cuando existiere más de un hijo legítimo, o más de un hijo adoptivo, sólo podrá acordarse la adopción con carácter de excepción, estableciéndose en la sentencia que la acuerde, que beneficia al menor adoptado y no crea perjuicios al núcleo familiar del adoptante.”

Creemos que la audiencia del descendiente debiera haber sido obligatoria para el juez, ya que la adopción trae serios efectos para la persona y bienes de aquél. Piénsese tan sólo que el hijo legítimo pasará a compartir su herencia con el adoptado.

Pero existe un argumento tal vez más importante. El juez debe apreciar cuál es la posición del hijo de sangre respecto de la nueva situación que se pretende crear en su hogar, para advertir hasta qué punto podrá lograrse una convivencia normal y un ambiente que no se convierta en perjudicial tanto para el adoptado como para el propio hijo de sangre.

Por lo demás, lo que la ley presenta como caso de excepción no es más que el supuesto esencial de toda adopción, en tanto siempre ha de estarse al beneficio que pueda resultar para adoptante y adoptado.

Otra de las disposiciones de trascendencia es la que permite adoptar a varios menores de uno u otro sexo, simultánea o sucesivamente (art. 3º, ley 19.134).

En la anterior ley de adopción sólo podía adoptarse un menor de cada sexo, a no ser que las adopciones fueran simultáneas o el nuevo adoptado resultare hermano del ya adoptado. También se admitía la excepción en el caso de que se adoptara al hijo extramatrimonial nacido con posterioridad a la adopción.

Ahora la ley no formula restricción alguna acerca del número y oportunidad de las adopciones, pero en el artículo 9º establece que “Si se adoptare a varios menores, todas las adopciones serán del mismo tipo”. En consecuencia, no es po-

sible que existan adopciones simples y plenas en una misma familia, lo cual puede constituirse en un serio problema cuando, habiéndose ya adoptado en forma plenaria, el juez considere que en la nueva adopción no se dan las condiciones para construir un vínculo de ese mismo tipo.

Pasaremos ahora a considerar el procedimiento que se observa en el juicio de adopción, juicio tendiente a lograr la sentencia constitutiva del estado adoptivo.

b) *El procedimiento en la adopción.*

Dice el artículo 10 de la ley 19.134 que "En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: a) La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante, o del lugar donde se otorgó la guarda. b) Son partes el adoptante y el Ministerio de Menores. También podrán serlo los padres del adoptado en los términos del artículo 12. c) El juez o tribunal oírá personalmente si lo juzga necesario, al adoptado, siempre que fuese mayor de diez años, y a cualquier persona que se estime conveniente en beneficio del menor. d) El juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor, teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes. e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes. f) La acción podrá interponerse antes de cumplido el plazo del art. 6º, pero la sentencia sólo surtirá efecto a partir del vencimiento de aquél. g) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados, sus apoderados y los peritos intervinientes. h) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, pudiendo expedir testimonios de sus constancias cuando sean beneficiosas para el menor a juicio del juez o tribunal de la adopción, y sean requeridas por otros magistrados."

Múltiples observaciones pueden efectuarse a la regulación del procedimiento que fija la ley. Pero sólo hemos de detenernos en aquellas que consideramos más importantes.

La primera destacable es la relacionada con la situación de los padres del adoptado, que en la anterior ley debían ser citados a juicio y eran parte en el mismo, a excepción del caso en que hubieran perdido la patria potestad. En la nueva ley, por el contrario, es facultad del tribunal o puede el adoptante solicitar dicha citación, pero en este último caso "el tribunal así lo dispondrá cuando existan justos motivos" (art. 12).

En cambio, no se admite la presentación espontánea de los progenitores cuando hubieren perdido la patria potestad o confiado voluntariamente al menor a un establecimiento de protección, desentendiéndose injustificadamente durante un año.

Tampoco se admite esta presentación cuando se ha manifestado expresamente la voluntad de que el menor sea adoptado ante el órgano técnico-administrativo, judicial o por instrumento público, o cuando el desamparo moral o material del menor resulte evidente y tal abandono sea comprobado por la autoridad judicial (art. 12, ley 19.134).

Esta limitación de la presencia de los padres del menor se muestra como injustificable, pues siempre resultará útil escuchar al progenitor natural y conocer las razones que pudieran existir para que haya dado lugar a la particular situación que torna factible la adopción, correspondiendo al juez evaluar sus alcances.

Respecto del menor adoptado se varía la obligatoriedad de audiencia que establecía la ley anterior cuando tenía más de 10 años de edad, siendo ahora sólo una facultad en caso de que el tribunal lo considere conveniente. Olvida la ley que en materia de menores la intermediación entre juez y menor es un requisito ineludible y que no cabe pensar en adecuadas resoluciones sin este esencial elemento. Pero las disposiciones que venimos observando parecen encontrar su explica-

ción cuando los incisos g) y h) del artículo 10 de la ley de adopción consagran un régimen de secreto de las audiencias y actuaciones, sólo admisible en caso de que se pretendiera institucionalizar el secreto y ocultamiento de la verdad —por no decir la concreción de una falacia—, sobre el origen del menor y alcanzando a éste y a los terceros.

Si la ley se ha inclinado por mantener el verdadero título de estado del menor, inscribiendo la adopción decretada en la partida de nacimiento original del adoptado (art. 31), no se advierte por qué razón procura establecer un secreto propio de la legitimación adoptiva.

c) *Adopción plena.*

Comienza la ley 19.134 la regulación de esta institución, vigente por vez primera en el país, determinando sus características esenciales, diciendo en el artículo 14: "La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo". Esta disposición se complementa con el artículo 18, el cual dice: "La adopción plena es irrevocable. Confiere al adoptado la situación de hijo legítimo y de acuerdo con el artículo 15 in fine, también recibe el nombre del adoptante, aunque éste falleciere".

Remitimos en lo que hace a estas características propias de la adopción plena a lo expresado con anterioridad para este tipo adoptivo y a lo que señaláramos en oportunidad de estudiar las relaciones de parentesco y de filiación.

Respecto de quiénes pueden ser adoptantes plenarios, la ley no trae diferencia alguna, razón por la cual no se justifica lo dispuesto en el artículo 15, que expresa: "Podrá ser

adoptante por adopción plena cualquier persona casada, viuda, divorciada o soltera que reúna los requisitos establecidos por las disposiciones de la presente ley y no se encuentre comprendida en sus impedimentos", agregando este artículo que: "Cuando la guarda del menor hubiera comenzado durante el matrimonio y el período legal se completare después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio". Esta disposición no se encuentra en la regulación de la adopción simple.

En el artículo 16 de la ley 19.134 se establece cuáles menores pueden ser adoptados plenariamente, comenzando con los menores huérfanos de padre y madre (inciso a) y mencionándose luego a los menores sin filiación acreditada (inciso b).

Si la previsión legal hubiera concluido allí podría haber encontrado justificación esta modalidad adoptiva. Pero a los dos supuestos enunciados agrega la ley en el inciso c) del referido artículo 16 a los menores que se encontraren en alguna de las situaciones previstas en el artículo 11.

De ello emerge que pueden ser apartados de su familia de origen los menores cuyos padres hubieran sido sancionados con la pérdida de la patria potestad; que hubieren sido confiados a establecimientos de protección y sus padres se desinteresaran por ellos en el plazo de un año; los niños cuyos padres hubieran manifestado expresamente la voluntad de que sean adoptados y los menores que se encontraren en estado de abandono.

El primer caso puede admitirse en razón de la gravedad de los motivos que determinan la sanción de pérdida de la patria potestad y en atención a que la misma posee naturaleza irrevocable. Corrigióse en tal sentido el anteproyecto de la ley, que incluía a la suspensión y la pérdida del ejercicio de la patria potestad como posibilidades adoptivas. Igualmente aceptable resulta la adopción plena cuando el

menor se encuentra abandonado y tal estado ha sido judicialmente declarado (*). Pero los dos casos restantes previstos en la ley merecen serias objeciones.

Quienes poseemos cierta experiencia en lo que atañe a la problemática minoril y de la familia sabemos que en numerosas oportunidades los conflictos que llevan a una madre o a un padre a separarse de su hijo obedecen a motivos que, aparentemente insuperables en un principio, pueden llegar a desaparecer prontamente.

Sean de índole económica, afectiva, etc., nos parece que sólo mediando una abdicación absoluta, manifiesta, prolongada y culpable de los deberes paternos o maternos y siendo ella apreciada judicialmente, puede arribarse a un efecto tan grave como el que produce la adopción plena.

Iguales reparos nos presenta el caso del progenitor que manifiesta su voluntad de que su hijo sea adoptado. Tememos que ello pueda convertir a la institución en una propiciadora de la venta de niños, ya que el ofrecimiento pecuniario puede determinar a una madre soltera o a un padre sin escrúpulos, por ejemplo, a ofrecer a su hijo en adopción.

Por lo demás, deben ser tomadas con suma cautela estas manifestaciones ya que suelen obedecer a momentáneas situaciones —a veces puramente emocionales— que llevan a prontas rectificaciones. Hemos presenciado declaraciones de madres que dejaban sus hijos al parecer en forma definitiva, formuladas a poco de concretado el parto, ser pronta y totalmente rectificadas para llevarlas a asumir plenamente sus obligaciones y responsabilidades.

En el artículo 17 de la ley, se reseñan los efectos que produce la adopción plena, estableciéndose: “El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido

(*) La limitación de la adopción plena y la declaración judicial de abandono previa, son dos reformas introducidas al anteproyecto elaborado por el Centro de Investigaciones de la Cátedra de Derecho Civil, V Curso de la Facultad de Derecho y C. Sociales de la Universidad de Buenos Aires, que responden totalmente a lo que propiciáramos en nuestro trabajo citado en nota 4.

compuesto si éste solicita su agregación. En caso de que los adoptantes sean cónyuges a pedido de éstos podrá agregarse al adoptado el apellido compuesto del padre adoptivo o el de la madre adoptiva. En uno y en otro caso, podrá el adoptado después de los dieciocho años solicitar esta adición. Si la adoptante fuese viuda o mujer casada cuyo marido no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido de aquélla, salvo que existieran causales justificadas para imponerle el de casada”.

En el artículo 18 se reitera que el adoptado queda en la situación jurídica de un hijo legítimo, en tanto que por el artículo 19 se procura evitar conflictos que deriven en inestabilidad del estado adoptivo al expresarse: “Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres de sangre ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos...”

d) *Adopción simple.*

La ley 19.134, en su capítulo III, regula la adopción simple, de naturaleza y características similares a la adopción que rigió en nuestro país hasta el 21 de julio de 1971. Pero lo hace convirtiéndola en una institución “subsidiaria” y de excepción (?) al establecer el artículo 21 que “Es facultad privativa del juez o tribunal, cuando sea más conveniente para el menor y concurren circunstancias excepcionales, otorgar la adopción simple. El otorgamiento podrá ser únicamente de oficio y no deberán atenderse a su respecto peticiones de las partes”.

Este tipo adoptivo confiere al adoptado la situación de hijo legítimo, pero la relación de parentesco sólo se establece entre adoptante y adoptado (art. 20 de la ley 19.134).

(?) Así se la define en el mensaje de elevación del proyecto de ley.

Como diferencia fundamental con la plena, la adopción simple no extingue el vínculo de sangre del menor, quedando suspendida la patria potestad del progenitor de origen.

La ley, incurriendo en el mismo error que la anterior dice que la patria potestad "se transfiere" al adoptante, modalidad ésta inexistente en nuestro derecho.

Los efectos que produce la adopción simple, además de la relación de parentesco que establece entre adoptante y adoptado, son: imposición del apellido del adoptante, pudiendo agregar el adoptado el suyo propio (art. 23); vocación para este último de los bienes que provengan, a título gratuito, de la familia de sangre del adoptado (art. 24) y vocación hereditaria de los descendientes del adoptado por representación en la sucesión del adoptante (art. 25).

Los impedimentos matrimoniales se regulan en el artículo 26, prohibiéndose el matrimonio del adoptante con el adoptado o sus descendientes, de los adoptados entre sí, del adoptado con el cónyuge del adoptante y de éste con el cónyuge del adoptado.

Inexplicablemente, la ley omite el impedimento de matrimonio del adoptado con el descendiente del adoptante, lo que desnaturaliza la proclamada finalidad de crear una familia similar a la proveniente del orden natural de las cosas.

La ley establece los casos en que puede producirse la revocación de la adopción simple —característica esencial de este tipo adoptivo—, indicando que ello puede ocurrir: "a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad, en los supuestos previstos por el Código Civil para impedir la sucesión y también por haberse negado alimentos sin causa justificada; b) por acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad". Dicha revocación extingue la adopción y sus efectos, a excepción de los impedimentos matrimoniales, que subsisten.

Finalmente, la ley 19.134 expresa que se admite el reconocimiento del menor; la acción de filiación y la legitimación del adoptado, lo cual no altera la adopción simple.

En el capítulo IV la ley prescribe sobre nulidades y forma de inscripción de la adopción, aspecto este último que ya hemos visto como diferenciativo de la legitimación adoptiva. Finaliza la regulación legal de la institución adoptiva en el capítulo V dedicado a los efectos que produce la adopción concedida en el extranjero. Digamos, para finalizar este punto que, mediante una ley, que lleva el número 19.216 (de fecha 7 de setiembre de 1971), se concedió amnistía general para aquellas personas que hubieren inscripto falsamente como propios hijos ajenos e incurrieran, en consecuencia, en los delitos previstos en los arts. 139 y 293 del Código Penal. A dichas personas se las autoriza por la mencionada ley a solicitar la adopción de tales menores.

45. DETERMINACION DE LOS DERECHOS-DEBERES DEL ADOPTANTE. POTESTAD ADOPTIVA

Persuadidos como estamos de que la filiación tiene como único basamento la procreación, no por ello dejamos de procurar una regulación legal ajustada respecto de la institución de la adopción, enturbiada a nuestro entender las más de las veces por un injustificado apartamiento de las finalidades que posee.

Ello así, consideramos que entre las disposiciones generales de la ley de adopción deben encontrarse normas que especifiquen y delimiten como esencial efecto de la adopción la potestad adoptiva, concebida como el conjunto de derechos y deberes que la ley concede al adoptante respecto de la persona y bienes del adoptado, o mejor aun, que la ley establece en la relación adoptado-adoptante.

No median obstáculos para que se efectúe una remisión analógica a la patria potestad en la filiación legítima, sin perjuicio de que puedan realizarse distingos como el que traen legislaciones respecto del inventario de los

bienes que debe realizar el adoptante en garantía del patrimonio del adoptado.

Es más, considerando que la patria potestad no comprende solamente los derechos que se tratan en los capítulos respectivos sino que, como lo sostiene doctrina francesa, incluye los que se encuentran esparcidos en otras partes del Código, tal remisión puede concretarse en relación a la patria potestad en sentido amplio.

Pero, insistimos, así como debe esclarecerse el efecto que la adopción produce sobre la patria potestad del padre de origen, la ley debe contemplar específicamente lo concerniente a la potestad adoptiva.

46. LA ADOPCION COMO INSTITUCION DE PROTECCION AL MENOR

La adopción ha sido enjuiciada, formulándosele esencialmente dos graves imputaciones: que se trata de una ficción que contraría a la naturaleza misma pretendiendo enervarla y que es una institución que tiene en miras no el beneficio de la persona del menor sino el interés de los adoptantes (*).

Tales imputaciones tienen una base de certeza pero, miradas desde el punto de vista de la adopción como eventual institución de protección al menor, es la segunda de ellas la que más nos interesa.

La adopción puede constituir un excelente tratamiento de superación del estado de abandono, de igual modo en que lo es la guarda de un niño por quien presta tan altruista servicio.

El ingreso de un niño a un grupo familiar o su relación con una pareja de cónyuges que se disponen a cuidarlo y

(*) Sobre estas afirmaciones ver MOLINARIO, A. D., *ob. cit.* en nota 2, así como un excelente trabajo titulado *Psicología de la adopción*, realizado por el Servicio Social de los tribunales de Rosario y hecho llegar a sus miembros por la Sociedad de Criminología de dicha ciudad.

forjar su personalidad, en relación similar a la de padres e hijo, es un efecto que puede darse también con la guarda o con la tutela.

Si se quiere beneficiar al menor patrimonialmente, nada impide que se le efectúen donaciones, legados, depósitos de dinero o seguros en su favor. Pero la adopción posee matices que van más allá de los consignados.

Ellos parecen dirigirse más a satisfacer inquietudes de los adoptantes que fundamentarse en la protección al menor. Baste recordar que se consagran normas tendientes a ocultar el verdadero origen del menor —como ocurre en la actual legislación argentina y dan muestras varias leyes extranjeras— y que ellas responden a las solicitudes y expectativas de los adoptantes.

Si como resultado de tales disposiciones y al amparo de ellas los adoptantes concretan una actitud de ocultamiento y falsedad, entonces la adopción lejos de convertirse en una institución positiva a los fines de proteger al menor, se constituye en instrumento nocivo y peligroso para la personalidad del adoptado.

47. TUTELA

a) *Concepto y caracteres.*

La tutela es una institución del Derecho de Menores que tiene por finalidad dotar de un responsable investido de representatividad a un menor no sometido a patria potestad.

El artículo 377 del Código Civil la define diciendo que "es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil".

Sin embargo, esta definición debiera haber sufrido una modificación similar a la operada con el concepto de patria potestad y realizada por la ley 10.903, ya que al igual que

esta institución, la tutela da lugar a derechos-deberes funcionales y dista de constituir sólo un complejo de facultades.

En realidad, podríamos decir que la tutela es una guarda a la cual se agrega la potestad de representación.

Pero existen otras características que la diferencian. Ellas son:

- a) La tutela sólo procede cuando el menor no se encuentra sujeto a patria potestad;
- b) es una institución que requiere la intervención judicial y una sentencia que la constituya;
- c) en principio, es obligatoria para las personas que la ley llama a ocupar el cargo de tutor;
- d) es unipersonal e intransferible;
- e) se encuentra bajo inspección y vigilancia del Ministerio de Menores.

Sobre la facultad de representación dice el artículo 380 del Código Civil: "El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles". En realidad, esta representación se extiende a todos los casos en que el menor necesita suplir su incapacidad de hecho y ella es, como dijimos, la nota característica de la institución.

La circunstancia de que la tutela resulte una "cuasi patria potestad" hace que resulte imposible que coexistan la autoridad paterna y la del tutor. Es que no podría de manera alguna el menor estar sujeto a dos potestades similares, pues ello le ocasionaría trastornos y dificultades insalvables.

Por ello la ley, desde la misma definición de la institución, la concibe como una medida de protección para los menores no sometidos a patria potestad.

Sólo una excepción presenta este principio y es el de la tutela de los organismos técnico-administrativos de pro-

tección en el orden nacional que, conforme al artículo 8° de la ley 10.903, pareciera poder coexistir con la patria potestad.

La tutela, según dijimos, requiere la intervención del órgano jurisdiccional, que es quien la decreta; discierne el cargo y controla posteriormente.

En el juicio que se origina debe acreditarse la carencia de patria potestad (agregándose la partida de nacimiento del menor, donde conste que no se encuentra reconocido, o en la cual obre testimoniada la resolución que decretó la pérdida de la patria potestad; o las partidas de defunción de los padres, etc.); en su caso, el parentesco que se posea con el menor y, además, la capacidad o idoneidad material y moral del postulado tutor, requisito ineludible para desempeñar el cargo (art. 391 del C. Civil).

La obligatoriedad del cargo de tutor es establecida por el artículo 379 del C. Civil, disposición que expresa: "...del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente". Pero por cierto que la excusa a desempeñarse en el cargo de tutor debe ser apreciada siempre teniendo en miras la importancia que reviste la institución para la persona y los bienes del menor, por lo que quien no esté suficientemente dispuesto a cuidar y educar a un niño como si fuera su padre, no puede ser compelido a aceptar tal responsabilidad.

Es por ello que los órganos jurisdiccionales contemplan con amplitud estas excusas, procurando asegurar el beneficio del menor. El cargo de tutor es unipersonal y no puede ser objeto de transferencia en tanto ha sido concedido teniendo en cuenta las especiales cualidades que presenta el designado, al par que constituye una carga (art. 379, C. Civil).

Si el tutor no puede o no se encuentra dispuesto a proseguir desempeñando el cargo, debe solicitar al juez que lo aparte de la función, excusándose (art. 455, inc. 1°, C. Civil).

La tutela se difiere y ejerce bajo el contralor del Ministerio de Menores, órgano que interviene como parte en la tramitación del juicio y, una vez discernido el cargo, se convierte en órgano de control de las funciones del tutor designado, disponiendo en tal sentido el artículo 381 del Código Civil: "La tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores".

Esta tarea es cumplimentada por los representantes del Ministerio Pupilar —y da motivo a esta denominación del organismo—, con el valioso aporte del Servicio Social a quien corresponde realizar los controles respectivos, produciendo informes sobre la real situación del menor en su relación tutelar a los fines de ulteriores decisiones del órgano judicial.

b) *Clases de tutela.*

El artículo 382 del Código Civil establece: "La tutela se da, o por los padres, o por la ley, o por el juez".

Ha querido la ley, aunque de manera imperfecta, distinguir las tres especies tradicionales de tutela general, es decir, la testamentaria, la legítima y la dativa. Veremos cada una de ellas a continuación. Pero, además de las mencionadas, que abarcan la persona y los bienes del pupilo, existe otra variedad que procede cuando los intereses del menor se encuentran contrapuestos a los intereses de su representante legal (art. 397, C. Civil). En tales supuestos, la ley considera injustificable que el menor prosiga siendo representado por su padre o por el tutor general pues evidentemente sus derechos se tornarían ilusorios (por ejemplo, si debe discutirse judicialmente la preferencia a un inmueble en la sucesión materna; si se trata de una acción de alimentos deducida por el hijo, etc.).

Retornamos a la tutela general para ocuparnos de sus distintas especies. La tutela testamentaria, de poca frecuente utilización pero de alto valor previsional, es la que el

padre póstumo otorga por testamento o escritura pública, indicando la persona que desea se desempeñe como tutor de su hijo a su fallecimiento (ver art. 383, C. Civil).

Esta designación debe ser oportunamente confirmada judicialmente, ya que el designado puede no aceptar, acogiéndose su excusación, o puede tratarse de una persona que a criterio judicial sea inidónea para desempeñarse como tutor.

Esta clase de tutela, en consecuencia, no excluye la intervención judicial, siempre necesaria (art. 388, C. Civil).

La tutela legítima es aquella que la ley confiere a determinados parientes del menor, basándose en la proximidad del vínculo, circunstancia que permite suponer una mayor idoneidad para el desempeño del cargo.

El artículo 390 del Código Civil expresa: "La tutela legítima corresponde únicamente a los abuelos y hermanos del menor, en el orden siguiente: 1º) Al abuelo paterno; 2º) Al abuelo materno; 3º) A las abuelas paterna o materna; 4º) A los hermanos o medio hermanos del menor, cualquiera fuere el sexo. Estas personas se reemplazarán en la tutela en el orden que van designadas".

La limitación que la ley establece no se nos ocurre justificable ya que pensamos debiera incluirse a los tíos, en razón de que es sumamente frecuente sean los más dispuestos a recoger al menor huérfano y otorgarle un hogar, donde por lo general ya existen otros niños que, al parentesco con el pupilo, agregan una edad similar.

Los hermanos pueden constituirse en tutores si, aun cuando sean menores de veintiún años, se han emancipado por matrimonio.

En la redacción original, el Código Civil excluía a las hermanas mujeres de la posibilidad de ser tutoras legítimas y limitaba, en el caso de las abuelas, condicionándolas a que se conservaran viudas. La modificación del artículo 390 en la forma que transcribiéramos fue obra de la ley 17.711, del año 1968.

Para finalizar con la tutela legítima digamos que el artículo 391 del Código Civil exige la idoneidad moral y la solvencia económica del tutor, requisitos que se extienden a todas las clases de tutela y no son propios sólo de la tutela legítima, como pareciera surgir de la ley.

La tutela dativa, muy generalizada, es la que recae en parientes no incluidos en el artículo 390 del C. Civil, o en terceros que se avienen a desempeñar el cargo.

Es común que no sea posible dar al menor tutor legítimo, sea porque no existen parientes o éstos renuncian al llamado, siendo que por el contrario otro pariente o una persona no vinculada al menor se encuentre dispuesto a convertirse en tutor del niño. En tales casos, y mediando la idoneidad indicada, se nombra a tal persona en calidad de tutor dativo.

Digamos, para finalizar sobre este aspecto, que el Código en detallista enumeración indica quiénes no pueden desempeñarse en el cargo de tutor, mencionando a los menores, ciegos, mudos, insanos, no domiciliados en la República, sin oficio, condenados, fallidos, militares en servicio, religiosos profesos, etc. (art. 398, C. Civil).

c) *Obligaciones del tutor.*

Habíamos dicho que la tutela aparece como una "cuasi patria potestad". Ello por cuanto los derechos-deberes que se conceden y exigen al tutor resultan similares a los del padre, ya que le corresponde cuidar material y espiritualmente al pupilo como si fuera un progenitor.

Por ello, afirma el Código Civil en su artículo 412 que el tutor "debe tener en la educación y alimento del menor los cuidados de un padre", mientras que en el artículo 415 señala que "el menor debe a su tutor el mismo respeto y obediencia que a sus padres".

Pero donde se advierte con claridad la importancia de la institución —ya que las circunstancias antes consigna-

das podríamos igualmente encontrarlas en una relación de guarda, por ejemplo— es cuando la ley instituye al tutor como representante del menor (art. 411, C. Civil) y lo faculta para administrar los bienes del pupilo (art. 413), previa confección de un inventario y avalúo (art. 408).

También respecto de esta administración de los bienes la ley exige al tutor que actúe "como un buen padre de familia" (art. 413, C. Civil), debiendo rendir cuentas al finalizar la tutela, sin perjuicio de que el Ministerio de Menores o el propio menor una vez cumplidos los 18 años, puedan exigirle que exhiba las cuentas de la tutela (art. 458, C. Civil).

En caso de que los bienes del menor den rentas, el tutor tiene derecho a una retribución del diez por ciento de los frutos líquidos (art. 451, C. Civil). El incumplimiento de las obligaciones consignadas de manera precedente, da lugar a la remoción del tutor (art. 457, C. Civil).

d) *Extinción de la tutela.*

La tutela se extingue por la muerte del tutor o del menor, por la remoción o excusación del primero y por la mayor edad o emancipación por matrimonio del pupilo (art. 455, C. Civil).

Pero debemos agregar que se extingue igualmente la tutela cuando el menor es adoptado, sea en forma plena o en forma simple; cuando es habilitado en su edad; cuando es posteriormente reconocido por el progenitor extramatrimonial y cuando fuere establecida su filiación por sentencia judicial y los padres estén vivos.

48. TUTELA ESPECIAL

Ya adelantamos que esta tutela, que puede coexistir con la patria potestad, se otorga cuando los intereses del menor y los de su representante legal aparecen como contrapuestos.

En realidad, se trata de una representación especial que finaliza una vez superado el motivo que la determinó y se limita a la faz representativa.

El artículo 397 del Código Civil reseña tales supuestos, indicando que deberá proveerse de tutor especial al menor cuando los intereses están en oposición con los de sus padres, cuando éstos pierden la administración de los bienes filiales, cuando los hijos adquieren bienes excluidos de la administración paterna, cuando hay oposición con los intereses del tutor general o especial o de otro pupilo o incapaz, cuando adquiere bienes excluidos de la administración del tutor, cuando tuviere bienes fuera de la jurisdicción de la tutela y cuando se trate de negocios que exijan conocimientos especiales o una administración distinta.

Expresemos que el menor de 14 años no puede ser declarado insano (art. 145 del C. Civil). Arribado a esa edad puede efectuarse la declaración de insania en cuyo caso el tutor que se designe en caso de no tener el menor padres, ejercerá igualmente las funciones de curador.

La limitación que efectúa la ley es justificada por Llambras, quien afirma que sería sobreabundante, dentro del sistema del Código Civil, duplicar la incapacidad de hecho absoluta del menor impúber (cfr. art. 54, incs. 2º y 3º, Código Civil) (º).

No obstante, el mismo autor señala que en la hipótesis de matrimonio de un menor antes de los 14 años (art. 14, ley 14.394) puede haber interés en declarar la interdicción del emancipado, por lo que ella es viable en tal supuesto (1º).

En nuestra opinión, atento a que los menores impúberes pueden, no obstante su incapacidad de hecho absoluta, concretar variados actos jurídicos, la ley debiera permitir la de-

(º) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, 1978, T. I, pág. 314.

(1º) LLAMBÍAS, J. J., *ob. y loc. cit.* en nota anterior.

claración de incapacidad por demencia. Con ello se reforzaría la protección del incapaz, evitándole posibles perjuicios.

Señalemos, por último, que el art. 480 del Código Civil contempla que el curador del padre insano será también tutor de los hijos menores de éste. Tratándose de tutela que emerge de la curatela paterna, operará respecto del padre a quien le corresponda el ejercicio de la patria potestad y cuando ésta no le competa al otro progenitor.

CAPÍTULO VII

MATRIMONIO DE MENORES

49. EL MATRIMONIO DE MENORES DE EDAD

El matrimonio de los menores aparece, a primera vista, como una notable excepción a la incapacidad que les es propia, según las leyes civiles.

Habíamos observado que la ley se basa en la presunta incapacidad psicofísica inherente a la condición de menor y derivada de un incompleto desarrollo (ver Capítulo II, § 8), razón por la que ahora cabría interrogarse acerca de los motivos que determinan la admisión legislativa para que el menor pueda realizar un acto de tanta transcendencia y constituir un estado de familia tan relevante como lo es el matrimonial.

Pero indudable resulta que la ley no puede ser indiferente o pretender contrariar lo que emerge de la naturaleza misma. El despertar de las capacidades afectivas y sexuales, sublimadas en el amor hacia otra persona y traducida en la finalidad de establecer con ella una plena comunidad de vida, no puede ser obstaculizada por ley humana alguna.

Es por ello que se torna difícil afirmar que el matrimonio de los menores constituya una excepción a su incapacidad. Sería más aproximado decir que la ley reconoce la aptitud nupcial de los menores que arriban a la edad del des-

pertar sexual, siempre que a tal situación se añada una aptitud e idoneidad para el establecimiento del nuevo estado, según la apreciación de su padre, tutor o del juez en su defecto.

Queda dicho, en consecuencia, que no es único elemento de la aptitud nupcial el haber llegado a la edad mínima señalada por la ley. Otro de los requisitos fundamentales lo constituye la autorización del representante legal del menor o del juez, acordada previa evaluación de la personalidad de aquél y de los factores inherentes al caso.

a) *Edad mínima para casarse.*

La Ley de Matrimonio Civil n° 2393, del año 1888 —que estableció en nuestro país el sistema de matrimonio civil obligatorio, derogando el matrimonio religioso regulado por el Código Civil— incluía en su artículo 9°, entre los impedimentos dirimentes que anulan el matrimonio, a la menor edad. Establecía la ley que “son impedimentos para el matrimonio... 4°) No tener la mujer doce años cumplidos y el hombre catorce”.

Pero, considerándose inadecuados estos topes mínimos y amoldándose la legislación argentina a la evolución habida en el derecho canónico, por ley 14.394, del año 1954, se elevaron las edades mínimas para contraer matrimonio a las de 14 años para la mujer y 16 años para el varón (art. 14, ley 14.394).

Expresa esta ley igualmente que, si se realiza el matrimonio no obstante la menor edad de los cónyuges o de uno de ellos, no podrá ser anulado si ha habido cohabitación después de llegarse a la edad legal o si la menor ha concebido, cualquiera fuese la edad (art. 14).

b) *Excepciones.*

Sin embargo, la mencionada edad mínima puede ser dispensada en caso de que la menor que no ha cumplido aún los 14 años se encontrare embarazada de aquel con quien pretende casarse, o cuando dicha menor ha sido víctima de los delitos de violación, estupro, raptó o abuso deshonesto y ella y el autor del hecho desearan casarse (art. 14, ley 14.394).

En este último supuesto, por disposición del Código Penal (art. 132) el autor del hecho queda exento de pena, extinguiéndose la respectiva acción penal o la sanción impuesta.

50. AUTORIZACION PARA CASARSE

Habíamos señalado que la edad constituye un requisito imprescindible, pero no único para el matrimonio de los menores. En efecto, ellos necesitan, además, la autorización del representante legal (progenitor en ejercicio de la patria potestad o tutor), prestada en el acto de la celebración nupcial.

Así lo establece el artículo 10 de la Ley de Matrimonio Civil, pero de manera inexacta, pues habla de “consentimiento” del padre o tutor cuando, en realidad, se trata de una autorización o venia en tanto el consentimiento, elemento fundamental del matrimonio, es otorgado por el propio menor en forma personal y directa cuando manifiesta su voluntad de casarse ante el oficial público del Registro Civil (arts. 42, inc. 7°, y 44 de la ley 2393).

No obstante que esta autorización del representante legal se vierte en el acto de contraer matrimonio (art. 42, inc. 5°, ley 2393) y en atención a que en la práctica las actas matrimoniales se preparan anticipadamente, debe requerirse esta venia con anterioridad a la ceremonia y asegurarse la presencia paterna o del tutor el día prefijado.

Ello parece redundante en el caso de los hijos de familia, pero es no poco frecuente que un hijo matrimonial se encuentre bajo la tenencia de su madre por el divorcio habido o que un hijo extramatrimonial esté bajo la guarda de terceros o de organismos ejecutivos de protección y el progenitor que lo tiene reconocido habite en lugar distante. De tal manera, deben realizarse previamente las diligencias idóneas para lograr la promesa de comparecencia y, para el caso de mediar negativa a prestar la autorización correspondiente, iniciar las gestiones tendientes a superar la situación.

Venia supletoria.

La autorización del representante legal, que se requiere ineludiblemente para que un menor pueda casarse, suele resultar de imposible otorgamiento sea porque dicho representante legal no existe (han fallecido los padres del hijo legítimo, han sido sancionados en su patria potestad, el hijo extramatrimonial no ha sido reconocido o ha fallecido su progenitor, etc.) o porque, existiendo, se encuentra imposibilitado de concretar la autorización (se encuentra gravemente enfermo o ausente desconociéndose su actual domicilio, por ejemplo).

Ante tales situaciones la ley autoriza a que el menor recurra ante el organismo jurisdiccional —tribunal de menores o juez en lo civil—, pudiendo hacerlo por la vía del Ministerio Pupilar en cuyo caso el funcionario representante del mismo asumirá las funciones tutelares y petitionará en nombre del menor el otorgamiento de la autorización judicial que supla la que no puede prestar el progenitor.

El artículo 10 de la ley 2393 dice que los menores “no pueden casarse entre sí ni con otra persona, sin el consentimiento de su padre legítimo o natural que lo hubiese reconocido, o sin el de la madre a falta de padre, o sin el del

tutor o curador a falta de ambos, o en defecto de éstos sin el del Juez”.

Esta disposición legal, por su amplitud, abarca un supuesto de trascendencia que deriva de la venia supletoria, pero no constituye propiamente la misma. En efecto, cuando el padre que debe dar la autorización se encuentra imposibilitado de hacerlo, el juez puede facultar a la madre para que preste la referida autorización y ello es de toda lógica por cuanto la madre es cotitular de la patria potestad.

Para el otorgamiento de la venia supletoria los códigos de procedimientos en lo civil establecen por lo general un trámite especial, abreviado en los plazos y actos a cumplir. Deberán acreditarse la minoridad, la imposibilidad de que el representante otorgue la autorización y la idoneidad del menor, como así de la persona con quien pretende contraer matrimonio, mediante declaraciones testificales, certificados de empleo, etcétera.

51. PROTECCION JURIDICA EN MATERIA MATRIMONIAL

Se sostiene en la doctrina del Derecho de Menores que el matrimonio precoz constituye una de sus problemáticas y se presenta como institución de tutela y resguardo. En tal sentido afirma Mendizábal Osés que el aspecto jurídico del matrimonio precoz se centra esencialmente en la necesidad de tutelarle para asegurar su sólida estructuración, definiendo este autor a dicho matrimonio como la unión íntima de dos adolescentes de distinto sexo en una convivencia de carácter permanente que, con arreglo a la Ley, hace notar una situación jurídicamente objetiva y esencialmente tutelada (1).

Por nuestra parte, confluyendo en el matrimonio de menores idénticos fines y caracteres que los que se encuentran presentes en la unión legítima de los adultos, lo definimos como la unión permanente, monogámica y legal del hombre

(1) MENDIZÁBAL OSES, L., *Derecho de Menores* cit., p. 211.

y la mujer, donde uno o ambos contrayentes son menores de edad, para el establecimiento de una plena comunidad de vida.

Es este uno de los supuestos donde la condición de menor se extiende luego de la emancipación para que el Derecho de Menores tutele a quien requiere la protección jurídica.

La tutela integral funciona de dos maneras. En primer lugar en función de la oposición paterna o del representante legal a la celebración del matrimonio y, en segundo término, por la consagración de incapacidades para los cónyuges menores de edad.

Pasamos en consecuencia a ocuparnos de estas instituciones de protección al menor.

a) *Oposición a la celebración del matrimonio de menores. Disenso.*

La falta de autorización del padre o del representante legal del menor para que éste contraiga matrimonio reviste características propias que la distinguen de otras intervenciones de dichos representantes en donde, ante su negativa, se abre sin más la posibilidad de recurrir a la autorización judicial supletoria.

Baste pensar que la conducta minoril a someter a decisión jurisdiccional, dista de ser similar a la referida a la celebración de alguno de los actos jurídicos para los cuales se precisa la asistencia paterna. Las mismas fundamentaciones que destacan la diferencia existente entre el matrimonio acto y los demás actos jurídicos avalan la distinción que en este aspecto cabe formular.

El art. 11 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que el juez decidirá de las causas de disenso en juicio privado y meramente informativo, mientras que los códigos procesales locales regulan, en cada caso, el procedimiento por el cual se ha de arribar a una decisión judicial acerca de la negativa paterna.

Aun cuando parte de la doctrina ha sostenido que el juicio puede ser iniciado por el representante legal, estimamos que la legitimación activa la tiene el propio menor, ya que es en su interés que se promueve la acción.

El proceso se sustancia por trámite especial, con términos abreviados, formalidades procesales restringidas y recursos limitados. Mas siempre deben ser garantizadas la defensa en juicio y la recepción probatoria amplia, que en la especie será el modo por el cual el juzgador podrá formar convicción acerca del sustento de la oposición o de la posibilidad de que el matrimonio se celebre.

Aun cuando la ley 2393 hable de "juez civil", terminología adecuada conforme a la época de sanción de dicha ley, la materia es propia y esencial de la competencia del Tribunal de Menores.

En su actual redacción, con la modificación de la ley 17.711, el régimen de oposición que se establece en la ley de Matrimonio Civil contempla que los representantes legales están obligados a expresar los motivos de su oposición al matrimonio, pero los padres quedarán exentos de esa obligación cuando se tratare de varones menores de dieciocho años y de mujeres menores de quince (art. 24 ley 2393, modif. ley 17.711).

Por cierto que es muy distinto que la ley exima a los padres de enunciar las razones de su negativa para concurrir al acto matrimonial prestando su asentimiento, a entender, como lo ha hecho cierta jurisprudencia, que tal conducta importaba la imposibilidad de revisar la oposición paterna ⁽²⁾.

Precisamente, el disenso cuya vía se abre con la acción ejercitada por el menor, tiene como finalidad procesal arri-

⁽²⁾ Cámara 2ª Civ. y Com. La Plata, *La Ley*, T. 56, p. 633 y *Jurisprudencia Argentina*, 1948, T. IV, p. 346, citado por BELLUSCIO, autor que afirma que la oposición paterna al matrimonio de una menor de 15 años no tiene el alcance de cerrar toda discusión ni impide el ejercicio de la facultad tutelar de los jueces (BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., T. I, p. 564 y nota nº 47).

bar a una decisión jurisdiccional sobre la pretensión contenida en la demanda. Y la falta de autorización paterna, que es precisamente lo que abre la actividad del órgano judicial, no es en modo alguno vinculante para el mismo.

Todo ello, sin perjuicio de destacar que en estos casos los jueces obrarán con la debida prudencia para arribar a la decisión, la que por estar a cargo de un órgano especializado en minoridad encontrará mayores garantías de equidad.

Siendo el caso de disenso respecto del matrimonio de menores varones de más de dieciocho años y mujeres mayores de quince años, los motivos en los que puede fundarse la oposición paterna son los siguientes: 1) impedimentos para contraer matrimonio basados en ley; 2) enfermedad contagiosa o deficiencia física en el menor representado o en la persona que pretende casarse con él y 3) conducta desarreglada, inmoral o falta de medios de subsistencia de esta última persona (art. 24, incs. 1, 2 y 3 ley 2393, modif. ley 17.711).

En cuanto a los tutores su oposición puede fundarse en cualquier motivo razonable que el juez apreciará libremente (art. 24 inc. 4º ley 2393, modif. ley 17.711).

b) *Incapacidades de derecho para los menores emancipados legalmente.*

Como forma de protección a la minoridad y como excepcionales restricciones a la plena capacidad resultante de la emancipación, la ley civil en normas que pertenecen por su esencia y caracteres al Derecho de Menores, consagra restricciones a modo de incapacidades de derecho para la persona del menor casado.

Establece el art. 134 Código Civil que los emancipados no pueden ni con autorización judicial: 1º) aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2) hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito y 3º) afianzar obligaciones.

Por su parte, el art. 135 dispone que para disponer de los bienes adquiridos por título gratuito los menores emancipados deberán solicitar autorización judicial —en rigor la ley debiera decir “deberán obtener autorización judicial”— salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de ellos fuere mayor de edad.

Y en el art. 136, reforzándose la finalidad tutelar de estas normas, se expresa que la autorización judicial a que se alude en el art. 135 no será dada sino en caso de absoluta necesidad o ventaja evidente, agregándose que serán efectuadas las ventas siempre en pública subasta.

SECCIÓN TERCERA

**ORGANISMOS Y TRATAMIENTOS DE PROTECCION
A LA MINORIDAD**

CAPÍTULO VIII

ORGANOS JUDICIALES DE PROTECCION A LA MINORIDAD

52. ORGANOS DE PROTECCION A LA MINORIDAD

a) *Concepto.*

Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que la tarea que incumbe al Estado en materia de minoridad resulta la más trascendente y delicada de las labores a cumplir. La efectividad o el fracaso comprometen algo tan relevante como la estructura misma del complejo social y, según resulte una u otro, el mañana resultará lo anhelado por todos o la derrota del esfuerzo humano.

b) *Evolución.*

Históricamente se nos muestra que siempre las culturas más avanzadas se preocuparon de la salud material y moral de los menores de edad, primero dirigiéndose hacia aquellos que carecían de protección material o habían quedado marginados de la patria potestad. Así nace el "Padre de Huérfanos", del antiguo derecho español y las cortes inglesas, para entender en la problemática minoril.

Pero ya contemporáneamente —esparcidos por todo el ámbito de las naciones los organismos jurisdiccionales especializados en materia de minoridad, que tuvieron su inicio con el Tribunal de Menores de Chicago, EE. UU., el 1 de junio

de 1899— la tarea proteccionista se expande en cuanto a los sujetos y materias que abarca, preocupándose no sólo del menor huérfano o abandonado materialmente sino incursionando en el terreno cada vez más amplio y arduo del abandono y peligro moral; del estado de conflicto, asociabilidad o parasociabilidad, en el cual la carencia afectiva ocupa un papel preponderante.

La disgregación del núcleo familiar, el resquebrajamiento de la autoridad paternal, el incumplimiento de las obligaciones paternofiliales, la gran cantidad de hijos sin filiación establecida, etc., hacen que un grupo de profesionales de diversas disciplinas: juristas, médicos, psicopedagogos, trabajadores sociales, educadores, asistentes sanitarios, etc., labore sin descanso para paliar la situación del sector más falto de resguardo y con mayor necesidad de amparo.

La labor de los organismos judiciales, sumada a la de los órganos privados de beneficencia y protección y a la ayuda estatal, pronto aparece insuficiente, siendo entonces cuando se originan y comienzan a desarrollarse, con muy eficaz resultado, los organismos técnico-administrativos especializados en minoridad. Confluyendo los esfuerzos de los sectores mencionados, el inmenso problema de la minoridad abandonada aparece encarado con éxito probable.

Sin embargo, resulta necesario complementar las funciones de los organismos de protección mediante una legislación que asegure el cumplimiento de sus fines, que ampare al niño de aquellas conductas que comprometen algo tan preciado como lo es su normal desarrollo psicofísico, lo cual ha sido hecho en nuestro país por aquellas provincias que han dictado sus Códigos del Niño, como San Juan, Santa Fe, Buenos Aires, Corrientes, etcétera.

Muchas veces los organismos estatales de protección se encuentran impotentes ante una situación real de abandono o peligro moral, sin poder adoptar medida alguna que, por su rapidez, aparezca eficaz para reprimir a quien atenta

contra la salud y formación de un niño. La carencia de normas que sancionen las contravenciones cometidas en perjuicio de menores de edad determina una situación de desprotección estatal que no condice con los esfuerzos que se realizan en diversos aspectos para superar el problema de la minoridad abandonada y, en muchas ocasiones, enerva la concreción de una tarea efectivamente resocializadora. Las normas sobre faltas cometidas en perjuicio de menores de edad, en un enfoque técnico-jurídico ajustado, deben formar parte del Código o Estatuto del Menor.

c) *Clasificación.*

Queda dicho que los organismos de protección a la minoridad se dividen en dos grandes sectores: el judicial, también llamado jurisdiccional (denominación esta última sólo procedente cuando existe Tribunal especializado, pues entonces solamente cabe hablar de jurisdicción) y el técnico-administrativo, igualmente denominado ejecutivo. Entre los primeros encontramos al esencial Tribunal de Menores, cuyo estudio realizaremos seguidamente y también a las Defensorías de Menores (Ministerio de Menores o Ministerio Pupilar), que complementan o procuran suplir al órgano judicial por excelencia.

En el sector técnico-administrativo ubicamos al Servicio Nacional de protección, a los consejos provinciales del menor y a las policías juveniles o del menor, organismos sobre los que nos detendremos más adelante.

53. ORGANOS JURISDICCIONALES. LOS TRIBUNALES DE MENORES

Las especiales características de las cuestiones vinculadas con el menor determinan la total improcedencia de su tratamiento por un organismo jurisdiccional que no sea especializado en la materia.

El Tribunal de Menores es el organismo dotado de jurisdicción que tiene a su cargo de manera especializada la resolución de las cuestiones civiles, penales y sociales vinculadas con el menor y arribadas a su conocimiento. La historia de estos tribunales se inicia con la instalación del Tribunal de Menores del Condado Cook, en Illinois, Estados Unidos de Norte América, en el año 1899.

La proyección internacional de dicha creación se advierte con la implantación de tribunales de menores: Suiza el 9 de mayo de 1903; Inglaterra el 13 de abril de 1905, en Birmingham; Francia en París, año 1906; Alemania en Colonia, en 1907; Austria-Hungría el 19 de agosto de 1908; el Imperio Ruso en San Petersburgo, en 1910; Portugal en 1911; Bélgica en 1912; Austria en 1919; España el 1º de mayo de 1920, en Bilbao; Holanda en 1921, e Italia en 1934. Por su parte Latinoamérica los crea en Perú por obra del Código Penal de 1926, México mediante leyes de los años 1926 y 1928, Brasil por el Código de Menores del 12 de octubre de 1927, Chile por ley 4.447 del 23 de octubre de 1928, la República Oriental del Uruguay por obra de su Código del Niño del 6 de abril de 1934, Guatemala por ley del 15 de noviembre de 1937 y el Ecuador a través del Código de Menores del 1º de agosto de 1938.

54. TRIBUNALES DE MENORES EN LA REPUBLICA ARGENTINA

La jurisdicción especializada en materia de minoridad se ha ido concretando en la República Argentina a partir de la advertencia, por parte de los diversos estados provinciales, de la imperiosa necesidad de contar con tales organismos, en consonancia con las factibilidades presupuestarias que no pocas veces han postergado, o postergan aún, tales creaciones. A partir del año 1937 en que se instaura el tribunal de menores en la Provincia de Buenos Aires, siguen

la orientación especializante las Provincias de Mendoza en 1939, San Juan en 1947, Santa Fe en 1949, Chaco en 1956, Córdoba en 1957, Salta en 1961, Santiago del Estero en 1968, Formosa en 1969 y Corrientes en 1970.

55. JUSTIFICACION, ORGANIZACION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE MENORES

Mucho es lo dicho sobre la justificación de crearlos, pero quizá la mejor justificación estriba en la apreciación de la naturaleza de las funciones que se encomiendan a un tribunal de la minoridad, distintas cabalmente de las que competen a los de los otros fueros. Así, la tarea del juez de menores se desarrolla en ámbito propio, con fines eminentemente protectores e incluso pedagógicos, interesándose en la persona del menor y en los factores que influyen y determinan su conducta, procurando solucionar los problemas que inciden sobre el niño.

En la solución de otras cuestiones —acciones sobre la patria potestad, tutela, adopción, por ejemplo—, nada más extraño a un tribunal de menores que la clásica contienda patrimonial privada a la que se encuentra habituado el juez en lo civil.

En materia penal varía igualmente de manera total el punto de vista del juzgador. El hecho cometido, en su caso y a modo de ejemplo, sirve al juez especializado como elemento importante, pero no único para develar la problemática del menor. La idea de respuesta sancionatoria esta ausente y lo que se procura es la superación del estado conflictivo, de peligro o abandono, actuando sobre sus causas y factores. No obstante debe desecharse toda idea de benignidad extrema o paternalismo inadecuado. La protección del menor se ejerce adoptando la medida que corresponda según el caso, trátese ella de naturaleza institucional o no, dentro de la variada gama que el tratamien-

to de los problemas de la infancia acepta. Las miras del juzgador están en la salud moral y material del niño y muchas veces, para asegurar el logro de ellas, reprochará jurídicamente a los responsables inmediatos del menor o resolverá contrariamente a las pretensiones del solicitante.

Haciendo un parangón entre el juez común y el especializado en materia de menores ha dicho Eustaquio Tomé con referencia al caso de comisión de un hecho que, cometido por adulto, sería delito: "La finalidad principal de los primeros es castigar al crimen o defender a la sociedad de sus ataques, o aplicar al delincuente de quien se espera reformas, las sanciones más adecuadas para conseguirlo; la misión de los segundos es proteger y educar a los menores desvalidos, rectificar la voluntad de los culpables, formar unos y otros y convertirlos en miembros útiles para la sociedad" (1).

Chazal afirma que, con el accionar de los jueces de menores concretado en el afán reeducador del niño, es "como la criminología ha penetrado en los tribunales" (2) y es por ello que ha dicho con razón Kahn (3) que el núcleo de un tribunal de menores está dado por un concepto básico y revolucionario el cual consiste, simplemente, en reconocer que el transgresor es realmente alguien cuya misma transgresión es un signo de que necesita ayuda.

a) Organización.

Resulta obvio señalar que el principal protagonista del órgano jurisdiccional especializado es el juez de menores. Por la naturaleza de las sanciones que le incumben al magistrado éste debe sumar a sus conocimientos jurídicos

(1) *Anotaciones al Código del Niño de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1938.

(2) CHAZAL, J., *La Infancia Delincuente* cit., p. 14.

(3) KAHN, Alfred J., *Planeamiento de los servicios de comunidad para menores en dificultades*, Buenos Aires, 1967, p. 248.

una formación altamente especializada en minoridad y familia (4), pero además estudios sobre psicología, sociología y filosofía que le permitan una mayor aproximación a la problemática minoril.

Dada nuestra organización judicial los cargos son unipersonales y pertenecientes al Poder Judicial, pudiendo recaer en hombres o mujeres indistintamente, lo que señalamos en razón de que existen opiniones en el sentido de que el juez de menores debe ser hombre, a fin de otorgar la imagen de autoridad necesaria.

La unipersonalidad fue recomendada por las Jornadas Interprovinciales de la Minoridad, celebradas en Córdoba en el año 1967.

Un aspecto sumamente importante consiste en que debe proveerse al juzgador de organismos técnicos auxiliares: médicos, trabajadores sociales, psicopedagogos que, cumplimentando sus tareas específicas, complementen el panorama que el juzgador requiere para apreciar en forma real el problema del menor y lograr su superación. Los Congresos Panamericanos del Niño ya en 1919 (2º Congreso, Montevideo) habían recomendado tal necesidad y más recientemente (13º Congreso, Mar del Plata) se preocuparon de resaltar la función que les compete a los organismos técnicos auxiliares del tribunal de menores.

Es especialmente destacable la labor que le cabe al respecto al Servicio Social Profesional, verdadero instrumento vital del juzgador, que muchas veces se convierte en un alonamiento del tribunal que llega hasta el seno del problema mismo para desentrañarlo y ponerlo de manifiesto. Su

(4) Este requisito es exigido, generalmente, por las leyes de creación de los Tribunales de Menores. Así, en nuestro país, lo contemplan la ley 3460 de la provincia de Santa Fe; la ley 4664 de la provincia de Buenos Aires y la ley 2902 de la provincia de Corrientes, entre otras. Igualmente, dicho requisito fue recomendado en la 2ª Reunión de Juristas Especializados en Derecho de Familia y Menores de Río de Janeiro, celebrada en el año 1963.

opinión técnica servirá como base cierta para las resoluciones oportunas y adecuadas.

Según la recomendación 71ª de la II Reunión de Juristas Especializados en Derecho de Familia y Menores (Río de Janeiro, 1963), "El servicio social profesional actuará como auxiliar de los organismos jurisdiccionales y administrativos de protección de los menores, en el campo de la prevención general y especial, en la aplicación de los tratamientos de rehabilitación y readaptación de los menores y en la organización de los servicios sociales de menores" (4).

Los tribunales de menores se estructuran generalmente en base a tres secretarías: Civil, Penal y Social, las que intervienen según la naturaleza de la cuestión sometida a conocimiento, conforme a la competencia del organismo.

b) *Competencia.*

La competencia que presentan estos organismos jurisdiccionales de la minoridad varía según las legislaciones. En general, no obstante, contemplan las cuestiones de índole penal, civil y social, atribuyéndosele en estas materias las siguientes competencias: en materia penal, comprende todos los casos en que un menor de 18 años apareciera como autor de un delito o como autor o víctima de una falta. Para el caso de concurrencia entre mayores y menores entiende en la causa el juez de adultos quien, una vez resuelta la situación de los mayores y declarada la responsabilidad o irresponsabilidad de los menores de edad, remite las actuaciones al juez especializado para que adopte las medidas tutelares correspondientes. La competencia en lo civil, abarca todo lo relacionado con la persona de un menor que se encuentra en estado de abandono o peligro material o moral;

(4) Ver SAJÓN, Rafael, *El nuevo Derecho de Menores*, Buenos Aires, 1967.

estados conflictuales o de inconducta; juicios sobre pérdida de la patria potestad; suspensión o pérdida de su ejercicio; adopción; tenencia; guarda; custodia; tutelas, o curatelas donde esté interesado un menor; divorcio cuando se disenta la tenencia de hijos menores, y toda otra cuestión donde un menor posea interés personal o deban adoptarse medidas para su protección y asistencia.

En el aspecto social la competencia del tribunal se extiende a las tareas de protección integral del menor y a la coordinación de funciones con los organismos técnico-administrativos de protección (Consejos del Menor - Policías Juveniles).

56. CONCLUSIONES DE LAS PRIMERAS JORNADAS INTERPROVINCIALES DE LA MINORIDAD SOBRE TRIBUNALES DE MENORES

Este evento, que congregó a los representantes de los distintos organismos de protección de cada provincia y de la Nación, se celebró en la Ciudad de Córdoba en el mes de Agosto de 1967.

Las conclusiones a que se arribara en las Primeras Jornadas Interprovinciales de la Minoridad en lo que respecta a tribunales de menores, su organización y procedimientos, pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) que se cree a la brevedad en todas las provincias el fuero especializado de menores;
- b) que el mismo esté constituido por jueces unipersonales especializados en primera instancia, con alzada especializada para conocer en los recursos, los que serán limitados;
- c) que se provea a los jueces de menores de los organismos técnicos auxiliares necesarios;
- d) que la competencia abarque las materias penal, prevencional y civil;

- e) que el procedimiento sea oral en lo penal y preventivo y mixto en lo civil;
- f) que se concreten acuerdos interprovinciales o interzonales para obtener la unificación de los procedimientos;
- g) que se concreten convenios interprovinciales o interzonales que traten lo referente a competencia, rogatorias, internaciones, vigilancia, menores en tránsito, intercambio de informaciones y todo lo relacionado con una eficaz y rápida solución de los problemas del menor;
- h) que hasta tanto se logren estos convenios, los Superiores Tribunales de Provincia dicten acordadas para establecer la preferencia de consideración y resolución de medidas referidas a menores que provengan de otra jurisdicción.

Se trataron también en las Jornadas con relación al tema que nos ocupa algunas cuestiones de interés, como la del sistema a seguirse en caso de coparticipación delictiva de menores y mayores, triunfando la tesis de la instrucción paralela (sistema de la Pcia. de Buenos Aires) sobre la seguida por la ley cordobesa; intervención del agente fiscal en materia penal de menores, concluyéndose que este funcionario debe seguir interviniendo, en contra de lo que sustentara la delegación por la Provincia de Buenos Aires y de nuestra opinión.

57. PAUTAS DE LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL DE MENORES

Reseñamos seguidamente las pautas generales que se observan como normas procedimentales de los Tribunales de Menores en la República Argentina, destacando que en todos los casos se encuentran orientadas por la naturaleza tutelar de su intervención:

- a) intervención de juez especializado,
- b) conocimiento judicial inmediato del menor y de sus circunstancias personales y sociales, como así de los responsables y toda otra persona que guarde vinculación con el problema que el menor presenta (ley 22.278, art. 1º; Buenos Aires, ley 4664, art. 37º, Córdoba, ley 4873, art. 14º, Formosa, ley 431, art. 11, San Juan, ley 1156, art. 66º, Santa Fe, ley 3460, art. 37º),
- c) adopción de medidas tutelares provisionales (ley 22.278, arts. 1º y 2º, Buenos Aires, ley 4664, art. 18º, Córdoba, ley 4873, art. 16º, Formosa, ley 431, art. 19º, San Juan, ley 1156, art. 67º, Santa Fe, ley 3460, art. 56º),
- d) intervención del Ministerio de Menores (Buenos Aires, ley 4664, art. 2º, Córdoba, ley 4873, art. 11º, Corrientes, ley 2902, art. 3º, inc. a), Formosa, ley 399, art. 11º, San Juan, ley 1156, art. 35º, inc. a), Santa Fe, ley 3460, arts. 3º y 4º),
- e) exclusión del Ministerio Fiscal (Buenos Aires, ley 4664, art. 2º, Formosa, ley 399, art. 4º, Santa Fe, ley 3460, art. 5º),
- f) procedimiento primordialmente oral, con diligencias esenciales concretadas en forma actuada y recurribilidad limitada (Buenos Aires, ley 4664, arts. 16º, 21º y 29º, Córdoba, ley 4873, art. 14º, Formosa, ley 431, art. 25º, San Juan, ley 1156, arts. 64º y 79º, Santa Fe, ley 3460, arts. 38º y 96º),
- g) publicidad restringida (Buenos Aires, ley 4664, arts. 10º y 23º, Formosa, ley 431, art. 25º, San Juan, ley 1156, art. 59º, Santa Fe, ley 3460, art. 39º),
- h) pronunciamiento jurisdiccional sometido a las siguientes alternativas:

- 1 — declaración de no punibilidad en caso de menor cuya edad no exceda los catorce años (art. 1º ley 22.278),
 - 2 — sobreseimiento, absolución o declaración de autoría y responsabilidad, con posterior integración de la sentencia en este último caso en lo que respecta a los menores punibles de sanción eventual, a quienes previamente se habrá sometido a tratamiento tutelar y sobre el cual debe mediar informe de los organismos técnicos (ley 22.278, art. 4º),
 - 3 — sobreseimiento, absolución o condena de los menores plenamente punibles,
- i) en los casos previstos en los puntos 1 y 2 mencionados anteriormente, posibilidad de disponer medidas tutelares (ley 22.278, arts. 2º y 4º, Formosa, ley 431, art. 23º, San Juan, ley 1156, art. 76º, Santa Fe, ley 3460, art. 91º).

58. EL MINISTERIO DE MENORES

Recibe el nombre de Ministerio de Menores o Ministerio Pupilar el conjunto de funcionarios judiciales pertenecientes al Ministerio Público que tienen a su cargo funciones legalmente establecidas de representación y asistencia del menor.

El funcionario que ejerce este cargo es denominado Asesor o Defensor de menores y la institución se remonta a principios del Siglo XIX, cuando en el año 1801 es designado José Dámaso Xigena Defensor General de Menores en Córdoba.

Por Ordenanza dictada por el Director Supremo Gervasio de Posadas, se creó el cargo mencionado, cuyas atribuciones fueron ampliadas por Decretos de Rivadavia en el año 1821 y de Viamonte en 1829.

De tales antecedentes extrae Vélez Sársfield la institución del Ministerio de Menores, cuya finalidad protectora queda evidenciada en la nota del Codificador al art. 58, donde expresa lo valioso que significa la buena organización del Ministerio aludido para el resguardo de los intereses de los menores.

Destacamos entre las funciones del Ministerio de Menores la que le compete en carácter de representación promiscua. Sobre tal tarea dispone el art. 59 Código Civil: "A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación".

Es en consecuencia disposición legal y principio de protección vigente en nuestro ordenamiento positivo que el representante del Ministerio de Menores tenga intervención, produciendo dictamen fundado, sobre toda cuestión donde se debatan procesalmente intereses de un menor de edad. Igualmente, la ley manda que dicho funcionario intervenga en todos los actos donde se comprometa la persona o los bienes del menor, sancionando con nulidad la omisión.

La nulidad a que se refiere el Código tratase de una nulidad relativa y, consiguientemente, susceptible de confirmación. Esta, que puede ser expresa o tácita, puede provenir del propio menor cuando haya cesado su incapacidad o del Ministerio de Menores, sea en la persona del Defensor de Primera Instancia o por el dictamen del representante de dicho Ministerio ante el Tribunal de grado que conoce en un proceso donde se ha omitido la debida intervención.

Sostiene igualmente Llambías que aun cuando el Asesor de Menores peticione la nulidad tal solicitud no es vincu-

lante para el juez, cuando el representante legal insiste en la confirmación del acto. Mas sí será forzosa la declaración respectiva si al pedido del representante del Ministerio Pupilar se pliega el representante legal (6).

59. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE MENORES RESPECTO DE MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD

El delicado problema interpretativo que había determinado la incorrecta redacción del art. 57 del Código Civil, que en su texto originario había omitido a los padres como representantes necesarios de los menores no emancipados, ha quedado definitivamente superado con la reforma introducida al mencionado dispositivo por la ley 17.711, que aclaró la calidad de representantes necesarios que invisten dichos padres.

Ya un Plenario de las Cámaras en lo Civil y Comercial de la Capital Federal había adelantado que en todos los casos correspondía la intervención del Ministerio de Menores, dejando la reforma de 1968 sin fundamentos a la opinión que sostenía que tratándose de menores bajo patria potestad quedaba excluida la intervención del representante del referido Ministerio (7).

60. ACTUACION DIRECTA DEL MINISTERIO DE MENORES EN BENEFICIO DEL MENOR DE EDAD

Sin perjuicio de la intervención que compete a los funcionarios a cargo del Ministerio de Menores en su carácter de representantes promiscuos (art. 59 Cód. Civil), la cual debe ser interpretada con amplitud y en caso de duda estarse a la procedencia de su intervención, conforme a los

(6) LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, cit., T. I, 416.

(7) Sobre el tema v. D'ANTONIO, D. H., *Patria Potestad*, cit., págs. 110/111.

principios que rigen en el Derecho de Menores, compete a dichos funcionarios una amplia gama de tareas en beneficio de la minoridad.

Las mismas se encuentran generalmente determinadas en los cuerpos orgánicos de los respectivos Poderes Judiciales y muestran igualmente la amplitud que marcábamos en relación con la intervención en juicio.

Dentro de la propia ley civil encontramos importantes funciones a cumplir, y así el Ministerio de Menores debe pedir el nombramiento y remoción de tutores (arts. 491 y 493 del Cód. Civil) e intervenir en las designaciones de los mismos, en los juicios que versen sobre las tutelas y en los inventarios que se confeccionen en ellas (ars. 492 y 493 Cód. Civil).

Igualmente le corresponde pedir al padre alimentos para el hijo (art. 272 Cód. Civil), denunciar la existencia de la persona por nacer (art. 66 inc. 3º Cód. Civil) y el aseguramiento de la persona y los bienes del menor antes de designarse tutor (art. 491 Cód. Civil).

A esta importantísima tarea de protección a la minoridad se suma a menudo la que los Defensores de Menores cumplen de manera extrajudicial, convirtiéndose en asesores de los padres y de los propios menores. Los conflictos que les son traídos exceden en mucho las posibilidades y los recursos con que cuentan estos funcionarios, los que a su vez deben concretar la difícil coordinación con los organismos ejecutivos de protección.

Esta tarea extrajudicial es desempeñada por el Ministerio de Menores en varias provincias. En el orden nacional, en cambio, estas funciones han sido trasladadas al organismo ejecutivo de protección disponiendo el art. 10 de la ley 15.244, texto ordenado por ley 18.120 del 31-1-1969, reglamentada por decreto 448, de igual fecha: "Sin perjuicio de las atribuciones que las leyes de la materia confieran a los jueces, las demás facultades de carácter tutelar de la

minoridad que en virtud de la ley 1893 y sus complementarias competan a los defensores de menores, serán ejercidas por el Servicio Nacional de la Minoridad".

En este aspecto de la actuación extrajudicial, afirma David que "se puede hablar fundadamente de un fracaso de las defensorías de menores. Otorgan la ilusión de contar con un organismo capaz de solucionar problemas, pero en la práctica son burocracias estériles"... , agregando luego que dadas "las precarias condiciones en que se desenvuelven, son agentes inermes y pasivos frente a los graves problemas de la minoría" (6).

Cabe reconocer que resulta cierto lo que manifiesta este jurista y sociólogo argentino que ha desempeñado el cargo de Defensor de Menores. Es veraz al afirmar que el funcionario que ejerce el Ministerio Pupilar se ve impotente ante la magnitud del problema de la infancia abandonada y delincuente. Pero no por ello aparece menos digna de elogio la tarea de estos hombres y mujeres que, dentro de la multiplicidad de funciones que se les impone y supliendo a veces la carencia de tribunal especializado, se esfuerzan para solucionar o paliar diariamente numerosos conflictos del menor y el grupo familiar.

Precisamente en razón de las funciones que en la práctica cumplimentan las Defensorías de Menores, supliendo la carencia de funcionamiento de otros organismos tales como Asesorías de Familia, Institutos de Orientación y Conciliación Familiar y de los propios Tribunales de Menores, en las Jornadas de Minoridad que mencionáramos en el § 56 se recomendó que se dote a los funcionarios del Ministerio de Menores de mayores facultades, a fin de poder llenar el vacío producido por la carencia de tribunales de menores y hasta tanto éstos se concreten.

(6) DAVID, Pedro R., *Sociología Criminal Juvenil*, Buenos Aires, 1968, p. 119.

CAPÍTULO IX

EL PATRONATO DEL ESTADO EN MATERIA DE MINORIDAD

61. FUNDAMENTOS PARA UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO DEL PATRONATO DEL ESTADO

Hemos dispensado al tratamiento de la actividad protectora de índole estatal, que legal y usualmente es denominada Patronato del Estado, un capítulo especial.

Obedece ello a la necesidad de destacarla y poner énfasis en esta tarea estatal que no siempre es advertida en sus reales alcances ni siquiera por aquellos a quienes toca cumplirla. Y hemos ubicado la consideración del Patronato en forma intermedia, colocándolo entre los organismos judiciales y los técnico-administrativos de protección a la minoridad para resaltar que ambos lo integran y que sus esfuerzos deben confluír coordinadamente para arribar al fin propuesto por la institución, es decir, el bienestar del menor.

Es con la regulación y vigencia del Patronato la manera en que se cumplimenta la función más trascendente y delicada en materia de minoridad, pues la actividad estatal se encuentra dirigida al resguardo de los menores todos, mas poniendo énfasis en los menores abandonados. Se asume así por el Estado la indeclinable misión de superar los estados de

abandono a través de la actividad de los organismos preestablecidos y equilibrar la realidad social para consolidar la vida humana en paz y justicia.

62. CONCEPTO Y ANTECEDENTES DEL PATRONATO DEL ESTADO

Se denomina Patronato del Estado la función social que el Estado asume y ejercita en cumplimiento de su deber de protección de los sectores más débiles, tutelando a los menores de edad por intermedio de los funcionarios designados a tal fin.

En nuestro país se regula la institución por la ley 10.903, del año 1919, también llamada ley Agote en razón de los esfuerzos realizados por el legislador doctor Agustín Agote para lograr su sanción. Esta ley que modificó diversos artículos del Código Civil, especialmente en lo relacionado con la patria potestad y tutela, estableció que el Patronato del Estado se ejerce por medio de los jueces nacionales o provinciales con la concurrencia del órgano técnico-administrativo nacional y el Ministerio de Menores en el ámbito nacional y en las provincias por este último, o ambos organismos si se adhieren al régimen establecido (art. 4º, ley 10.903, modificada por decreto-ley 5826/57). Se fija la finalidad del Patronato en el ejercicio de lo atinente a la salud, seguridad y educación moral e intelectual del menor, proveyendo a su tutela (art. anteriormente citado).

Con el Patronato el Estado asume por sí la responsabilidad que en el Derecho Romano clásico le había sido reconocida a particulares. En dicho derecho la figura del *protutore* importaba que de hecho se protegiera a un menor carenciado y similares institutos fueron necesarios para suplir la inactividad de un Estado que aún no había organizado sus elementos de protección.

Esa advertencia del papel que corresponde al Estado encuentra reflejo en Roma y también entre el pueblo hebreo por reacción contra los abusos en el ejercicio de la patria potestad. Es entonces que la autoridad estatal debe actuar para disminuir los peligros que devenían para el menor de una patria potestad hasta entonces irrestricta.

Al prologar la lección referida a la protección del menor nos señalan los Mazeaud que, en Francia, Luis XIV y los Parlamentos se habían rebelado contra los abusos de la patria potestad (1) y más adelante expresan que la privación de la patria potestad supone hijos que están bajo la autoridad de sus padres, pero que hay menores que carecen legalmente de padres, o que ya no los tienen o que están abandonados por ellos, para quienes el régimen de la tutela será casi siempre ineficaz. Para estos menores se abre la tutela del Estado a través de una serie de disposiciones legales (2).

Y esa tutela del Estado es definida por Mendizábal Oses como "aquella institución jurídica de carácter protector que subsidiariamente se ejerce por el Estado, para asegurar a todo menor abandonado el goce de sus necesidades subjetivas, previniendo los riesgos que para el menor y para la sociedad se derivan directa e inmediatamente de la situación desvalida y marginada en que se encuentra" (3).

En las *IV Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina*, celebradas en Mar del Plata entre el 11 y 13 de setiembre de 1980, la comisión sobre el tema *Minoridad* arribó a la conclusión siguiente en materia de Patronato: "El Patronato de Menores deberá ser concebido como potestad que el Estado ejercerá en todas sus diversas manifestaciones, tomando como base la particular calidad de sus destinatarios, incapaces destinados a ser capaces, y

(1) MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil* cit., T. IV, p. 107.

(2) *Ob. cit.* en nota anterior, T. IV, p. 109.

(3) MENDIZÁBAL OSES, L., *Derecho de Menores* cit., p. 175.

tendiendo a que la instrumentación posibilite su formación integral. La legislación autónoma que deberá dictarse como consecuencia del ejercicio del Patronato de Menores será formulada a partir de la finalidad tutelar prevalente respecto de menores”.

Por nuestra parte insistimos en que el Patronato del Estado importa la satisfacción por la autoridad estatal de su deber de protección de los sectores más débiles de la sociedad y que la tutela al menor abandonado es misión de cumplimiento irrenunciable, en cuyo ejercicio deben implementarse los medios necesarios, para integrar al menor carenciado en un ordenamiento social justo.

63. ORGANISMOS QUE CONSTITUYEN EL PATRONATO DE MENORES. REMISION

Hemos visto en el § 62 de este Capítulo que el Patronato del Estado en materia de minoridad se encuentra legalmente integrado por los jueces nacionales o provinciales, con la concurrencia de los organismos técnico-administrativos y del Ministerio de Menores (art. 4º ley 10.903).

En consecuencia, sumada esta calidad de pertenencia al Patronato, cada uno de dichos organismos realiza la actividad de tutela que la ley le impone por esencia en cada una de sus tareas. Desde la más importante hasta la de menor significación aparente; desde la intervención del Defensor de Menores en procesos donde se debaten importantes intereses pecuniarios hasta la conversación del Juez de Menores con un niño abandonado, pasando por la visita que efectúa un delegado de libertad vigilada del organismo técnico-administrativo, todo ello conforma la relevante tarea de Patronato.

Resulta esencial que los componentes de cada uno de los sectores integrantes del Patronato de Menores tenga plena conciencia de lo que representa su actividad y de que con

ella suma esfuerzos a la tarea de protección integral a la minoridad.

En razón de que cada uno de estos organismos integrantes del Patronato del Estado en materia de minoridad es objeto de nuestro estudio en particular y en virtud de lo que hemos señalado precedentemente, remitimos al lugar del respectivo tratamiento de tales órganos, de su actividad y de las instituciones y elementos que aplican.

CAPÍTULO X

ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCION A LA MINORIDAD

64. CONCEPTO

La tarea de otorgar protección al menor insume esfuerzos que devienen de distintos orígenes, según cual sea la naturaleza del organismo interviniente.

Pretender que con la sola actuación del órgano jurisdiccional pueda resolverse el problema minoril es una concepción errónea y divorciada de la realidad.

La tarea del tribunal de menores requiere la concurrencia de otro ente: el ejecutivo o administrativo especializado en minoridad, con el aporte técnico de funcionarios idóneos que, dentro de su ámbito, efectivizan la medida proteccionista dispuesta.

Esta primera idea no agota la labor de estos organismos, ya que su labor tutelar bien puede encontrarse independizada de la intervención del órgano jurisdiccional en tanto autónomamente posee igual finalidad protectora, lo cual admite la intervención por sí mismo cuando le llega el problema de manera directa o derivado por otro organismo técnico administrativo.

Ello nos está diciendo de la importancia adquirida modernamente por el ente ejecutivo de protección, en una concepción absolutamente diferente de la anacrónica, que sólo lo admitía como mero administrador o regente de los establecimientos tutelares.

Muy distinta es la realidad actual. Los organismos técnico-administrativos cumplimentan una tarea similar a la del tribunal de menores del que sólo los diferencia la ausencia de potestad jurisdiccional. En estrecha vinculación con aquel organismo, cumplimentan la tarea resocializadora encomendada por el Estado, adaptándola a la personalidad del menor y a su evolución posterior, al par que ejercen su obligación tutelar con conocimiento del tribunal cuando les llega un problema por otra vía que la del órgano jurisdiccional.

En consecuencia, podemos conceptualizar el organismo técnico-administrativo de protección diciendo que es el conjunto de funcionarios y servicios dependientes del Poder Ejecutivo, establecidos por el Estado para que, por medio de técnicas especializadas, concurren o intervengan directamente en la tarea de protección al menor.

65. SERVICIO NACIONAL DE MINORIDAD

Dirigir o encarar una política sobre minoridad con alcances nacionales aparece como una idea difícilmente concretable dado lo vasto del territorio argentino y la disparidad de problemas que presenta cada zona del país.

Sin embargo, resulta necesaria la existencia de un ente que, fijando pautas de actuación, asesore y procure coordinar las funciones de los organismos provinciales de protección y se expida ante los requerimientos que le formule el Gobierno de la Nación para orientar su política en materia de minoridad. Ello, sin perjuicio de la labor técnico-administrativa que le incumbe dentro del vasto reducto de la competencia nacional. De allí que fuera creado el Consejo Nacional de Protección de Menores por ley 15.244, transformado mediante ley 18.120 del 31-1-1969 en Servicio Nacional de la Minoridad, dependiente de la Secretaría de Promoción y Asistencia de la Comunidad.

Se estableció a su respecto que dicho Servicio Nacional cumplirá las funciones que incumben al Estado en orden a la protección de la minoridad, como su agente natural y orientando la acción ejecutiva de la comunidad para la protección y asistencia del menor abandonado, procurando el afianzamiento de la familia. Entre sus facultades se indicaron las de proponer normas; disponer el régimen educativo; proponer convenios para otorgar certificados de capacitación⁽¹⁾; ejercer la superintendencia de sus institutos y servicios y de las instituciones privadas a las que otorga autorización; colaborar con el organismo jurisdiccional; organizar el registro de menores; tratamiento postinstitucional, etcétera.

Respondiendo a una nueva orientación de la finalidad estatal de índole protectora y extendiendo la misma al núcleo familiar como reconocimiento de lo ineludible e imperioso que resulta dirigir la acción hacia la institución social fundamental, se acuerda a la Secretaría de Estado de Promoción y Asistencia a la Comunidad, por intermedio de la *Dirección General de la Minoridad y la Familia*, la misión de "entender en la protección integral de los menores que se encuentren en estado de abandono, peligro material o moral o en situaciones conflictuales; prevenir tales estados y ejercer la protección e integración de la familia, asegurando la estabilidad y solidez del núcleo familiar" (Anexo II, decretos 3687 y 8825 de fechas 7 de julio y 31 de diciembre de 1969, por los que se aprueba la estructura orgánica de la aludida Secretaría de Estado).

(1) En las *Segundas Jornadas Interprovinciales de la Minoridad*, celebradas en Paraná en el año 1969, la delegación de la Provincia de Entre Ríos, de la que formábamos parte, propuso y logró se aprobara la siguiente recomendación: "Debe contemplarse el otorgamiento de un certificado de aptitud profesional, emanado del organismo técnico-administrativo, para aquellos menores que durante su permanencia en establecimientos asistenciales hayan recibido enseñanza laboral. La facultad de expedición y los alcances de tales certificados serán regulados legalmente".

Igualmente se concede a la Dirección General de la Minoridad y la Familia la función de ejecutar los programas protectores; promover la protección de la educación y el trabajo minoril; proponer modificaciones y nuevas normas legales; entender en la promoción y realización de estudios psicosociales sobre la familia e intervenir en la formación de educadores familiares.

En la estructuración del organismo se incluyen los Departamentos de promoción y prevención de la familia, la mujer y el menor; la División Policía de la Minoridad; División Centros Comunitarios; Proyección y coordinación de Instituciones; Departamentos de Protección al Menor; División Servicio Social, cuya misión es la de intervenir en la recepción, localización, investigación de casos de desamparo y/o abandono, problemas de relación y conducta de menores; Sección Guardas; Familia sustituta; División Jurídica del Menor, la familia y la mujer; Departamento de Protección a la Familia y la Mujer, etcétera.

Digamos finalmente que por resolución gubernamental de agosto de 1971 fue creada la Subsecretaría especializada en minoridad y familia, hecho que aparece como de manifestación trascendencia ante la revelada posición estatal de protección al núcleo familiar institucional y que resulta un aliado para quienes venimos insistiendo acerca de tal imprescindible accionar.

66. CONSEJOS PROVINCIALES DEL MENOR

Para cumplimentar las tareas ejecutivas de protección en el ámbito de las provincias, cada una de ellas —salvo raras excepciones— han organizado sus organismos técnico-administrativos.

La denominación que reciben estos organismos varía (Consejo General de la Minoridad, en Buenos Aires; Dirección General de Protección al Menor, en La Pampa; Direc-

ción General de Acción Tuitiva, en La Rioja) pero en su mayoría responden al nombre de Consejos Provinciales del Menor (p.ej. en Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, San Luis) o Consejos de Protección al Menor (Córdoba, Neuquén).

La tarea que desempeñan o les corresponde es, dentro de su limitación territorial, la que ha quedado reseñada anteriormente para el organismo nacional, sin perjuicio de las propias de éste derivadas de su naturaleza.

67. POLICIAS JUVENILES O DEL MENOR

No siempre ha sido suficientemente advertida la importancia que reviste la policía del menor para la solución de problemas que afectan a los niños y jóvenes, y ello ocurre aun entre los mismos componentes de la institución.

Baste recordar que este organismo, de naturaleza técnico-administrativa, llega al mismo ámbito donde se encuentran los factores determinantes del estado de abandono —en sentido genérico— para detectarlos, tomar las primeras y más urgentes medidas protectoras y provocar la intervención de los organismos, jurisdiccionales o ejecutivos, especializados.

Queda dicho que la policía del menor desarrolla su actividad principal en los lugares públicos, donde puede tomar conocimiento de las situaciones aflictivas, pero no sólo como función vigilante de hechos que eventualmente pueden producirse sino en verdadera función activo-protectora, es decir en búsqueda del suceso lesivo para la personalidad del menor allí donde éste puede encontrarse.

Ubicamos este organismo entre los ejecutivos pero advertimos que tanto puede ser un ente autónomo como pertenecer al otro órgano técnico-administrativo de protección.

En el primero de los supuestos será parte integrante de la policía administrativa, dependiendo de la correspon-

diente Jefatura, sin perjuicio de que en su accionar cumplimente las órdenes que le imparta el tribunal de menores. Ello la convierte en su actividad funcional en una verdadera policía judicial pues, si bien sometida jerárquica y disciplinariamente a la policía administrativa, debe estar a las órdenes que les imparta el órgano jurisdiccional, sea en el caso concreto o en las pautas generales de actuación.

En caso de integrar el consejo del menor, su actividad será regulada por este organismo ejecutivo y colaborará con los tribunales de menores en la efectivización de las medidas que el órgano jurisdiccional solicite a dicho consejo.

El cuerpo se debe constituir con personal especializado en minoridad, con preferencia egresados del Servicio Social pertenecientes a ambos sexos a fin de una mejor adecuación a la situación del menor. En tal sentido, el VI Congreso Panamericano del Niño recomendó "llevar a cabo las funciones necesarias de policía en las causas de mujeres y menores por medio de departamentos de policía que cuenten con mujeres-policías especialistas en trabajo social".

Los servicios se prestan vistiendo indumentaria civil y sólo para supuestos ceremoniales o similares se admite el uniforme. Debe contar, igualmente, con personal administrativo suficiente, especialmente cuando, por depender de la Policía administrativa, le corresponde confeccionar el sumario de prevención en los hechos ilícitos que cometan menores de edad o las actuaciones instructorias por faltas o contravenciones consumadas en perjuicio de menores.

Ha sido dicho que "policía de minoridad es igual a policía de seguridad más policía de las costumbres más protección" (2) y, siendo ello exacto, nos trae el grave problema de la ingerencia estatal en la esfera de lo individual, que no sólo aparece como una facultad sino que constituye una necesidad cada vez mayor. Por ello debe ser ejercida en los

(2) BROUSALLIS, Praxiteles, *Policía de la minoridad*, La Ley, T. 120, p. 1001.

límites del respeto a las libertades particulares, cuidando no excederlas con un obrar arbitrario e ilegítimo, que vendría a desvirtuar la finalidad proteccional de la institución.

68. COORDINACION ENTRE LOS ORGANISMOS DE PROTECCION

La actividad proteccional de los entes tutelares de la minoridad posee como característica fundamental que se encuentra signada por una común finalidad, la de lograr la tutela y el resguardo necesarios del menor, procurando su bienestar.

La confluencia de metas determina que no pocas veces la tarea se realice desincronizadamente, con graves perjuicios para los resultados que cabe esperar en los casos concretos y en el orden general de protección.

En muchas ocasiones los esfuerzos se diluyen con motivo del desconocimiento de las propias esferas de actuación. Cada organismo, entonces, pretende avanzar sobre lo que constituyen prerrogativas del otro, generándose de tal forma recelos y conflictos que entorpecen y hasta llegan a anular la función tutelar.

Esta realidad no es reservada al orden local, pues hemos tenido conocimiento de su generalización y el problema puede decirse que resulta crónico en distintas naciones.

Entendemos que la superación de estos inconvenientes debe partir de premisas insoslayables, entre las que encontramos la necesidad de que cada organismo delimite inicialmente su ámbito de actuación; que se cree un cuerpo coordinador inter-organismos —que preferimos esté constituido por personal del Servicio Social de cada uno de ellos—; que se trabaje en total colaboración, poniéndose en conocimiento de la tarea que se está cumpliendo sobre cada menor que ha motivado la intervención de dos o más organismos y, finalmente, que se establezcan pautas de actuación, las que deberán ser observadas en general y en cada caso.

69. CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA REUNION
NACIONAL DE ORGANISMOS PROTECCIONALES
DE LA MINORIDAD

Por el interés que revisten reproducimos seguidamente las conclusiones a que se arribara en la Segunda Reunión Nacional de Organismos Proteccionales de la Minoridad, que se celebrara en la Ciudad de Viedma, Provincia de Río Negro, en el mes de abril de 1971.

“1º) Se considera conveniente y necesario una unificación de las legislaciones locales, en cuanto a la reglamentación de problemas comunes, como los que a título enunciativo se fijan como pautas:

a) Relación entre los Organismos Proteccionales y el Poder Judicial que comprenderá, entre otros, los siguientes aspectos:

—Delimitación de competencia.

—La responsabilidad por el tratamiento de los menores asistidos, tanto en su determinación como en su duración corresponderá al Organismo Técnico Administrativo.

b) Estatuto del personal en los Organismos Proteccionales que incluirá la forma de resolver los conflictos colectivos.

c) Autarquía de los Organismos Proteccionales.

d) Coordinación intersectorial con todas las áreas de gobierno que tengan influencia directa sobre el grupo familiar, estableciendo responsabilidades primarias de cada una en relación con el Organismo Proteccional.

A tal efecto se formará una Comisión Integrada por Representantes regionales, designados por los res-

pectivos Organismos Proteccionales. Esta Integración se hará sobre la base de las regiones aprobadas en la Primera Reunión Nacional, realizada en la ciudad de Santa Rosa, Provincia de La Pampa. El representante regional resultará de la elección a efectuarse entre los representantes provinciales que integren cada región.

La constitución de la Comisión Unificadora Nacional deberá realizarse antes de los noventa días y tendrá su sede en la Capital Federal.

2º) Todas las Provincias y la Dirección General de la Minoridad y la Familia, deberán llevar Registros de los Menores, que contengan, como mínimo, los datos que figuran en la ficha que se acompaña; de modo que en caso de ser necesario, pueda obtenerse con rapidez una información completa, a nivel local, regional y/o nacional que permita establecer sobre las bases estadísticas, una política sobre los problemas de minoridad.

3º) Se fijan como objetivos fundamentales de los Organismos Proteccionales la cobertura de las siguientes áreas:

a) Tratamiento de menores a nivel institucional.

b) Tratamiento de menores a nivel extra-institucional (adopción, guarda, tenencia, subsidios, etc.).

c) Tarea preventiva de acción comunitaria por medio de guarderías, programas de difusión y educación familiar, centros comunitarios, etc.

d) Investigación y planeamiento.

e) Coordinación de la tarea con otras instituciones oficiales y privadas.

f) Relación entre los Organismos Proteccionales.

4º) Las Provincias presentes consideran necesario la formulación de Programas a corto y mediano plazo entre la Dirección General de la Minoridad y la Familia y los

Organismos Proteccionales Provinciales, teniendo en cuenta las posibilidades y necesidades de los mismos.

El Gobierno Nacional deberá comprometer el apoyo financiero necesario, por considerarse que la capacidad presupuestaria de los Organismos Proteccionales es insuficiente, y por lo tanto, están imposibilitados de por sí para la ejecución de esos planes.

Se consideran prioritarios para todas las Provincias los programas de acción preventiva, mediante:

- a) La creación de Guarderías con proyección comunitaria de educación familiar, porque constituyen un medio de prevención que cubre necesidades inmediatas.
- b) La educación cívico-cultural de los grupos juveniles como la acción más positiva de promoción del joven y a través de él de su propio grupo familiar.

Se consideran necesarias también la realización, por regiones, en cada caso de los siguientes programas:

- a) Para la región del NEA:
 - a.a. Creación del Centro Regional para la atención de infradotados.
 - a.b. Plan de Investigación Regional Piloto del menor carenciado.
- b) Para la región del NOA:
 - b.a. Creación del Centro Regional para la atención de infradotados.
 - b.b. Se aconseja considerar mediante reuniones periódicas regionales, la disponibilidad de establecimientos, de acuerdo a las diferentes tipificaciones de los menores asistidos.
- c) Para las regiones de Patagonia y Comahue:
 - c.a. Establecimientos para menores deficitarios mentales y físicos recuperables y/o adaptables.

c.b. Establecimientos para incapacitados físicos y/o mentales, irrecuperables.

c.c. Hogares de Tránsito (sentido amplio, de madres solteras de pre-egreso, etc.).

5º) Se considera como necesidad inmediata la capacitación del personal en servicio y de los aspirantes a ingresar en los Organismos Proteccionales. Tal capacitación estará:

- a) Dirigida a todos los niveles.
- b) Será obligatoria, según lo determine cada Organismo Proteccional.
- c) El cuerpo docente tendrá capacitación profesional reconocida y experiencia institucional.

Se considera que la capacitación del personal directivo y técnico deberá realizarse a nivel regional y será provincial y local para el personal docente, de servicio y maestranza.

Se considera muy positivo el intercambio de personal entre los distintos Organismos a fin de realizar observaciones sobre las diferentes experiencias y funcionamiento de servicios."

CAPÍTULO XI

TECNICAS Y TRATAMIENTOS DE PROTECCION A LA MINORIDAD

70. TRATAMIENTOS. CLASES Y CARACTERISTICAS

La superación del estado de abandono, meta común de la labor de los organismos de protección, se concreta y efectiviza por vía de los tratamientos tutelares correspondientes.

Los tratamientos tutelares son los medios por los cuales los organismos de protección procuran la superación de los problemas del menor, previa adecuación de tales medios al caso concreto.

La fijación de una u otra medida tutelar no es algo librado al azar, ni fruto de resoluciones impensadas. Por el contrario, exige una alta especialización y marcada justeza.

La situación de abandono, en su aspecto objetivo, no es suficiente para dar lugar a un tratamiento determinado ya que el ajuste necesario se logra sólo mediante la valoración objetivo-subjetiva del problema que presenta el menor realizada integralmente, con la consiguiente conclusión acerca de cuál es la forma más idónea para superarlo. Dos grandes sistemas de tratamiento son los conocidos: el no institucional y el institucional. A ellos se agrega otro que adquiere cada vez mayor trascendencia y derivado del segundo: el post-institucional.

La distinción se fundamenta, primordialmente, en la circunstancia de que el menor deba o no ser ingresado en un establecimiento de reeducación. Dentro de ambos sistemas principales, se encuentran una serie de tratamientos de singular importancia, según veremos.

Hemos de procurar detenernos en cada uno de ellos y, adoptando el método que debe regir también la prioridad de aplicación de los tratamientos —en tanto la internación debe resultar siempre el último de los recursos tutelares—, comenzaremos con los no institucionales.

71. TRATAMIENTOS NO INSTITUCIONALES. LIBERTAD VIGILADA

La libertad vigilada es una medida tutelar que procura la superación del problema del menor sin alejarlo del medio al cual pertenece.

Tal vez no sea la denominación que usualmente se otorga a este tratamiento la más exacta, pues pareciera dar una idea de restricción a la libertad ambulatoria del menor o de contralor inquisitivo de sus acciones. Por el contrario, la libertad vigilada se basa en dejar al menor en su situación natural u originaria no sólo para ir detectando con ello los verdaderos problemas —que no pocas veces residen en el propio hogar del menor—, sino también para canalizar la conducta del niño o de los terceros que sobre él influyen mediante la adecuada labor del funcionario encargado del tratamiento. Expresa Chazal refiriéndose a dicho funcionario que para concretar la libertad vigilada “es designado un agente no sólo para vigilarlo sino también para realizar en su favor una acción altamente social y educativa”⁽¹⁾.

Se trata, en consecuencia, de una medida que acompaña al menor en su vida común diaria, orientándolo y poniendo

⁽¹⁾ CHAZAL, J., *La Infancia Delincuente* cit., p. 75.

de manifiesto los factores determinantes de su inconducta o problema.

La conceptualización de la medida nos pone de manifiesto la enorme trascendencia que reviste la persona encargada de ella, denominada generalmente delegado o agente de libertad vigilada (llamado también en los Estados Unidos “hermano mayor”), quien sólo puede resultar un egresado del Servicio Social especializado en Minoridad. Este funcionario o profesional delegado debe encontrarse suficientemente capacitado no sólo para concretar el tratamiento sino también para advertir al organismo que haya resuelto la medida, con toda oportunidad, sobre si ella debe variar-se, complementarse o hacerse cesar, a cuyo fin producirá periódicos informes que muestren cabalmente la situación del menor.

Sólo un trabajador social podrá entablar con el menor la especialísima relación que ha menester la libertad vigilada, siendo harto peligroso dejar en manos inidóneas la tarea.

Suele afirmarse, sobre todo en Estados Unidos, que es aconsejable que el agente sea varón cuando el menor tiene ya cierta edad y, por el contrario, debe ser mujer en casos de niños más pequeños. Con razón extrema se sostiene que el número de casos no debe sobrepasar las posibilidades del delegado ya que, si así ocurriera, se desvirtuarían los fines de la medida, enervando su eficacia y ocasionando al menor un perjuicio irreparable.

72. GUARDA Y CUSTODIA

La tenencia de un menor por quien no es su representante legal, brindándole asistencia material y espiritual, se denomina guarda.

La guarda es una antiquísima costumbre que, si bien fundamentada por lo general en altruistas razones, suele reconocer motivos muy diversos. Finalidad de especulación

económica (servidumbre gratuita) y otras motivaciones han concurrido, hasta no hace mucho, con la conducta ejemplar de dar a un niño abandonado el hogar que necesita.

Recordemos las instituciones del alumnado en Roma, que establecía entre alumno y nutridor una relación similar a la de padre e hijo pero sin crear vínculos de parentesco, el prohijamiento del antiguo derecho español y las disposiciones de la Novísima Recopilación referidas a la "guardaduría de expósitos", como así otras formas de protección al menor abandonado.

No es de olvidar, empero, que en nuestro país ha tenido y posee aún hondo arraigo el denominado "padrinazgo", que entabla una relación particularísima entre el menor y su padrino, quien se constituye en el protector material y orientador espiritual del niño hasta su mayoría de edad o hasta que contraiga matrimonio.

Concluimos entonces que la guarda es el medio tutelar por el cual un tercero sin derecho de representación, o un organismo ejecutivo de protección, se convierten en teneedores de un menor para darle asistencia integral y proveer a la formación de su personalidad. Debemos sumar a este concepto la condición de gratuidad del cargo de guardador, diferenciando de tal forma la guarda de la custodia, conforme a la conclusión 15ª de la Reunión de Juristas celebrada en Quito, año 1959 (2) y donde se define a la custodia como una guarda remunerada.

Esta última institución, si bien posee una finalidad protectora, la muestra como esencial en lo que hace a la persona del encargado de efectivizarla, quien tiene en miras primordialmente su satisfacción patrimonial compensatoria del servicio tutelar que presta. Es por ello que no somos partidarios de la custodia, por cuanto la relación entre menor y guardador debe mostrarse ajena a todo interés de tipo económico. No siendo ello así, se desnaturalizará la

(2) SAJÓN, R., *El nuevo Derecho de Menores* cit., p. 55.

finalidad tutelar; el menor se considerará un pensionado con derecho a exigir lo que entiende le corresponde a cambio del dinero, mientras que su encargado se sentirá dispuesto a no dar más de aquello por lo cual se le retribuye, y hasta a hacer cesar la asistencia en caso de no recibir los emolumentos.

Entendemos que entre un régimen de custodia y la implantación de otras técnicas (por ejemplo los pequeños hogares de semi libertad), resulta más adecuado utilizar las medidas que no sólo aparenten una protección o la otorguen meramente en sentido material.

Sin embargo, debemos reconocer que no resulta fácil concretar la entrega en guarda de un niño, pues pocas son las personas o familias que, compenetradas de la finalidad proteccional, se avienen a convertirse en guardadores.

Diversos factores confluyen para que ello así ocurra. Primeramente debe destacarse que la mayoría de nuestras familias tienen ya descendencia y no se encuentran en condiciones económicas como para sumar otro integrante al núcleo familiar.

Pero, además, existe una predisposición negativa que atiende al origen del menor, prejuicio aún no superado y que sólo se atempera cuando el niño es muy pequeño.

Igualmente, se advierte una marcada diferencia entre los requerimientos de menores mujeres y varones, resultando sumamente difícil la colocación en guarda de estos últimos, lo cual lleva a suponer con fundamento que se ha solicitado a la niña para lograr una ayuda material doméstica, lo cual nunca debe resultar una finalidad primordial y sólo puede ser aceptado como complemento de la actividad normal que la menor realice en el hogar, al que debe considerar como propio.

73. DISTINTAS CLASES DE GUARDA. GUARDA DE LOS PARTICULARES

En la guarda debemos distinguir la que se cumple por los particulares, previa designación o convalidación de su cargo por el organismo de protección y la que efectivizan los entes técnico-administrativos de protección. También cabe diferenciar la guarda del menor a los fines de su ulterior adopción, estudiada en oportunidad de tratar esta institución y que posee una finalidad distinta.

Refiriéndonos a la primera de sus formas, que es la que da esencia a la medida tutelar, digamos que a los caracteres que hemos enunciado debe agregarse uno de indudable trascendencia. La figura del guardador no ha sido aún bien delineada legalmente ni el Derecho ha advertido su importancia y vigencia en la realidad social.

Ello determina que el guardador se encuentre ante un cúmulo de obligaciones a cumplir, ya que le corresponde tener, asistir y educar al menor en situación similar a la de los padres o tutores, pero supeditado siempre al reclamo que le formulen quienes tienen derecho de representación sobre el niño. Vale decir, que se encontrará impotente ante el pedido de restitución del padre, madre o tutor si oportunamente no se han enervado sus derechos mediante el ejercicio de la pertinente acción.

En caso de no satisfacer la asistencia del menor, el guardador incurre en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en tanto el artículo 2º inc. c) de la ley 13.944 lo equipara al tutor o curador.

Posee la obligación de promover las acciones derivadas de los delitos dependientes de instancia privada de que fuera víctima el menor (art. 72 del Código Penal) y su condición se convierte en causal de agravamiento para ciertos delitos (violación, estupro, corrupción, etc.).

Consignemos, por último, que la ley penal protege la tenencia del menor de 10 años por su guardador, disponiendo el artículo 146 que se reprime con reclusión o prisión de tres a diez años a quien sustrae a un menor del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, así como a quien lo retuviere u ocultare. Con igual pena se sanciona en el artículo 147 a quien no presenta al menor de diez años a sus padres o guardadores que lo soliciten.

El Código Penal reprime igualmente a quien induce a un menor a fugar de la casa de sus padres o guardadores o lo ocultare cuando se hubiere sustraído a la potestad o guarda a que se encontraba legalmente sometido (arts. 148 y 149).

74. LA GUARDA DE HECHO

Un muy interesante estudio de la guarda de menores ha sido efectuado por el Dr. José Ignacio Cafferata⁽³⁾. El distinguido jurista cordobés señala tres clases de guarda: la legal, reconocida a los padres y otorgada a los tutores, la judicial, conferida por el juez en casos de desarmonías conyugales, divorcio o en función del ejercicio del Patronato del Estado, y la guarda de hecho, que se concreta cuando una persona, sin atribución de la ley o delegación del juez, por propia autoridad toma a un menor a su cargo⁽⁴⁾.

A las tres especies de guarda mencionadas podemos agregar la que confieren los organismos técnico-administrativos de protección a la minoridad, en ejercicio de su tarea concurrente de resguardo, la cual integra lo legalmente encomendado al Estado por la ley 10.903, de Patronato.

Sin lugar a dudas esta institución de protección al menor encuentra su aspecto más interesante en lo vinculado con la guarda de hecho. El gran número de casos en que se concreta y su vigencia en la realidad cotidiana, como así la

⁽³⁾ CAFFERATA, José Ignacio, *La guarda de menores*, Buenos Aires, 1978.

⁽⁴⁾ CAFFERATA, J. I., *ob. cit.* en nota anterior, p. 55.

circunstancia de que ella opera generalmente ante concretos supuestos de abandono, hacen que la figura del guardador de hecho muestre gran importancia en el Derecho de Menores.

Es principio general admitido que la guarda de hecho no confiere ningún derecho ni hace perder prerrogativas a quienes la tengan respecto del menor ⁽⁵⁾.

Mas, aun cuando se sostenga que el derecho civil quiere ignorar la situación de hecho, ello no resulta de aplicación en el ámbito del derecho de la minoridad, pues las situaciones fácticas requieren, al igual que las relaciones típicamente jurídicas, la intervención de los organismos de protección y la aplicación de las medidas tutelares correspondientes.

Sostiene Cafferata que el guardador de hecho tiene el deber de educar al menor y, entre las distintas situaciones donde se aprecia la incidencia de su calidad, señala que responderá por los daños ante terceros; por el incumplimiento de los deberes de asistencia e, igualmente, se encontrará legitimado para instar la acción penal en los delitos que dependen de instancia privada ⁽⁶⁾.

Agregamos a los supuestos mencionados el derecho consagrado a los guardadores en general por el art. 2º de la ley 18.248, en cuanto se les concede la prerrogativa de elegir el nombre de pila faltando los padres del menor o encontrándose éstos impedidos.

75. LA GUARDA DE LOS ORGANISMOS TECNICO-ADMINISTRATIVOS DE PROTECCION. EL PROBLEMA DE LA TUTELA OFICIAL

En lo que hace a la guarda que ejercen los organismos técnico-administrativos de protección, ella se confunde con el tratamiento institucional en tanto forma parte de dicha medida reeducadora.

⁽⁵⁾ CAFFERATA, J. I., *ob. cit.*, p. 95, compartiendo la opinión de Philippe Simler.

⁽⁶⁾ CAFFERATA, J. I., *ob. cit.*, págs. 96/97, 109, 111 y ss.

Es posible que, puesto el menor bajo la guarda del órgano ejecutivo por el Tribunal de Menores, sea ubicado por aquél bajo la guarda de un particular. Se trata en tales casos de una guarda indirecta del ente técnico-administrativo, que retorna a ser directa en caso de que el menor se desvincule del hogar del tercero.

La circunstancia de que los consejos del menor se constituyan en guardadores de los menores que quedan bajo su acción protectora los coloca en la endeble situación jurídica que, hemos observado, produce la medida en la guarda particular. Ello puede poner en serio riesgo todo el esfuerzo tutelar si se produce la solicitud o reclamo de reintegro del menor por parte del representante legal que resulta inidóneo para hacerse cargo del niño.

Como solución a tal problema debe el organismo ejecutivo cuidar de que se accione oportunamente por pérdida de la patria potestad, suspensión o pérdida del ejercicio o remoción de la tutela, si se dan los motivos legales.

La ley 10.903 de Patronato del Estado (texto ordenado por decreto-ley 5286/57) dispone en su artículo 8º: "Todo menor confiado espontáneamente por sus padres, tutores o guardadores a un establecimiento de beneficencia privado o público, quedará bajo tutela definitiva del Consejo Nacional del Menor, en jurisdicción nacional y de la autoridad que se designe en jurisdicción provincial".

Hace referencia la ley de Patronato, en consecuencia, a lo que se denomina en doctrina tutela oficial, tutela de los organismos de protección o tutela *ministerio legis*.

Esta institución adquiere marcada importancia por la necesidad de determinar jurídicamente la situación en que queda el menor sometido a la protección del respectivo organismo, sobre todo en función de la patria potestad del progenitor, cuyo ejercicio puede dar lugar a que fracase la función tutelar pública.

En Francia se sostiene que la protección de los pupilos del Estado, vocablos dirigidos a calificar a los niños "hallados", abandonados, sin familia ni recursos, de padres privados de la patria potestad y confiados a los Tribunales de menores y a los organismos de Asistencia a la infancia, se asegura por una "tutela administrativa, que es muy parecida a la patria potestad" (?).

Para los menores confiados a la Asistencia a la infancia, pero cuyos padres han conservado la patria potestad — quienes se excluye de la condición de pupilos del Estado— señalan los Mazeaud que se encuentran bajo la protección de esa administración y sometidos a un régimen análogo al de los pupilos (°).

Cabe advertir, no obstante, que la situación de hijo abandonado resulta del desamparo paterno y que ante ello puede obrarse con amplitud en materia tutelar. Igualmente, por la ley del año 1916 en Francia se establece que siempre que el hijo haya sido confiado por sus padres, su tutor o un tribunal, a una institución o a un particular, éstos pueden obtener del tribunal el conservar la guarda del menor "si se establece que el padre que reclama al hijo se ha desinteresado completamente de él hace ya mucho tiempo", siendo esa atribución del derecho de guarda definitiva (?).

Es así como si los padres se han desinteresado del menor, no podrán recuperarlo.

Estas reflexiones sirven para evidenciar que el sistema que siguió la ley argentina 10.903 en 1919 es análogo al francés de 1916, pero trasladadas las instituciones a nuestro derecho, las mismas no funcionan de idéntica manera.

En Francia se habla a menudo de la delegación de patria potestad a los organismos públicos o a terceras personas, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico la patria potestad es indelegable.

(?) MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil* cit., T. IV, p. 125.

(°) MAZEAUD, H., L. y J., *ob. y loc. cit.*, en nota anterior.

(°) MAZEAUD, H., L. y J., *ob. cit.* en nota anterior, T. IV, p. 123.

Y, más aun, la denominada tutela del art. 8° ley 10.903 ha sido controvertida en doctrina, sosteniéndose que sólo procederá previa sentencia que prive de la patria potestad o del ejercicio o decrete la suspensión de la misma (1°).

Por nuestra parte hemos concluido que con el ingreso del menor en las condiciones previstas en la norma citada se produce el desmembramiento de la patria potestad y que, una vez ingresado el hijo, el padre queda privado de su tenencia, siendo necesario para que la recupere la decisión del propio organismo de protección o la correspondiente decisión judicial (11).

De todas formas, resultaría necesario precisar legalmente la situación de estos menores, dictando normas que respondan a los principios vigentes en el Derecho de Menores.

76. LIBERTAD COMPROMISORIA

La libertad compromisoria es un tratamiento no institucional que, en caso de menores de cierta edad, apela a su promesa de buen comportamiento formulada ante el organismo de protección.

Se trata de una medida dirigida a lo íntimo del joven, quien al realizar la promesa de manera formal adquiere una noción clara de la responsabilidad contraída y de lo que debe poner de sí mismo para superar la situación. En caso de infracciones o inconducta leves es un medio de eficaces resultados.

77. TRATAMIENTO INSTITUCIONAL. INSTITUTOS

La superación del estado de abandono que presenta el menor suele, por su magnitud o naturaleza, hacer necesaria su ubicación en un establecimiento adecuado destinado a la actividad reeducadora.

(1°) OLIVA VÉLEZ, Jorge Mario, *Improcedencia de la tutela "ministerio legis"*, *El Derecho*, T. 33, p. 195.

(11) D'ANTONIO, D. H., *Patria Potestad* cit., p. 197/199.

El origen de estos institutos se encuentra en la primaria y esencial diferenciación que se encontró ineludible realizar en las cárceles entre los delincuentes adultos y los menores incurso en hechos ilícitos, evolucionando luego la técnica institucional hasta tipificar los establecimientos acordes a los distintos estados de abandono de la minoridad.

Aunque podamos distinguir dentro de las diversas especies de establecimientos los esencialmente destinados a la reeducación de los que sólo suplen una carencia familiar, es lo cierto que todos se dirigen a superar el abandono de los menores.

Dejados de lado para siempre los institutos denominados de corrección o reforma, que se organizaban en grandes establecimientos de numeroso personal y disciplina rígida, advertidos de que invariablemente las carencias afectivas que mostraban los menores sólo eran acentuadas por tal sistema, los esfuerzos se dirigen ahora a colocar al menor en un ámbito lo más parecido posible al que le correspondía naturalmente como formador de su personalidad y que nunca existió o se desintegró. Se constituyen, en consecuencia, los llamados "pequeños hogares" o "refugios" donde, dirigidos por una pareja que otorga la imagen paterno-materna, los menores son asistidos material y espiritualmente y conviven conforme a las pautas de un hogar normal.

Sus puertas abiertas constituyen una de las características más importantes de esta forma moderna de tratamiento institucional, haciendo posible el aprovechamiento laboral, educacional, asistencial, etc., que otorga el medio, e integrando a los menores al mismo.

La experiencia, que rotundamente afirma el éxito de este sistema, nos dice igualmente que resulta el tratamiento institucional menos oneroso y de más fácil concreción.

Sin embargo, no siempre es posible ubicar a un menor en lugar tan positivo ya que en ocasiones la gravedad de la conducta y la ausencia de respuesta a otros tratamien-

tos determinará la internación del menor en establecimientos de puertas semicerradas, durante un período determinado (que es aconsejable poner en conocimiento del menor) y en el cual se encontrará sometido a un régimen progresivo de reeducación, similar al implantado por el célebre sistema *Borstal*, inglés, es decir pasando desde una categoría de prestación de servicios rudimentarios hasta el ingreso en un curso de capacitación especializado en la rama de la ciencia o técnica elegida, a cuya finalización se le otorgará un certificado de aptitud.

No se trata, por cierto, de los antiguos establecimientos que pretendían resocializar al menor marginándolo durante años de la sociedad, creando individuos indefensos para valerse por sí mismos.

Se trata de institutos que suplen la incapacidad del menor y le proporcionan una formación que le permitirá afrontar la convivencia y superar su situación carencial. Es por ello que también deben aprovechar de los medios educacionales, laborales, asistenciales, etc. que les brinda la comunidad.

Complementando lo expuesto, agregando aquellos establecimientos que se destinan para la superación de problemas más parciales y añadiendo el esencial instituto donde se estudia al menor para su posterior derivación, clasificamos los establecimientos de protección en: a) institutos de admisión (denominados también de clasificación y recepción); b) pequeños hogares; c) internados para menores de conducta acentuada; d) institutos para menores diferenciados; e) guarderías y hogares de menores madres; f) hogares de retención (destinados a la retención por breve término de menores intervenidos por la policía juvenil).

No nos detenemos a considerar las características de cada uno de estos establecimientos pues ello es materia propia de otras disciplinas.

78. TRATAMIENTO POSTINSTITUCIONAL

El panorama exitoso que determina el egreso de un menor del establecimiento reeducativo puede verse frustrado por su contacto con la realidad social a la cual retorna.

Dicho supuesto puede llevar a un agravamiento irreversible del problema, razón por la cual se ha organizado un régimen de acompañamiento tutelar postinstitucional que procura amoldar definitivamente al menor en el medio social y complementar la tarea proteccional en aquello que se muestre necesario.

Puede consistir el tratamiento en un régimen de libertad vigilada⁽¹²⁾ o en la ubicación del menor en un hogar denominado "de transición", donde encontrará resguardo material y espiritual hasta que pueda valerse por sí mismo.

El tratamiento postinstitucional, por las finalidades que persigue y en tanto pretende constituirse en un medio de complementación de la tarea de protección efectuada, conforma una eficaz herramienta en orden a la prevención. Su satisfactorio funcionamiento permitirá evitar las recaídas en estados de abandono y, con ello, incidirá beneficiosamente en el caso particular y en el contexto general de la minoridad.

79. CONCILIACION MATRIMONIAL OBLIGATORIA, PREVIA AL JUICIO DE DIVORCIO

Hemos de referirnos ahora a un tema que excede en un primer aspecto lo vinculado con la específica protección jurídica del menor pero que, a poco de ser observado, evidencia igualmente conformar una de las manifestaciones trascendentes de la mencionada tarea proteccional.

⁽¹²⁾ La ley de creación de los Tribunales de Menores de Formosa (ley 399, del año 1969) establece en su artículo 15º, inc. 2º que son funciones de los delegados de libertad "vigilar a los menores egresados de los institutos oficiales durante el término que determine el juez a cuya disposición se encuentran".

Sabido es que la familia constituye el marco sociocultural de pertenencia primaria de la persona en su etapa formativa. De allí que toda alteración en lo que sería su normal conformación, especialmente en lo que hace a su estabilidad y cohesión, como así todo lo que afecte a la integración del núcleo, vendrá a repercutir sobre el desarrollo de la personalidad del hijo.

Las manifestaciones negativas de las alteraciones producidas en el grupo familiar, que operan sobre el menor de manera profunda, han sido estudiadas por sociólogos, criminólogos, juristas especializados en relaciones familiares y por el Derecho de Menores.

Dentro de ese estudio aparece sumamente importante el establecer las terapias aplicables y es cuando más se advierte la realidad en este aspecto que se insistirá mayormente en la adopción de medidas tendientes a evitar que el deterioro familiar se convierta en factor decisivo del abandono minoril.

Entre los elementos preventivos aparece uno que es utilizado de manera general para solución de los conflictos matrimoniales, el cual en el orden internacional ha adquirido gran difusión, sobre todo después de la segunda guerra mundial. La conciliación matrimonial, que tiende a evitar la definitiva ruptura de la unión conyugal mediante la aplicación de un tratamiento específico, a cargo de profesionales capacitados, aparece como de indudable necesidad cuando ese matrimonio se ha convertido en familia y en ella existen hijos menores de edad.

Al requerimiento social de contar con uniones conyugales fortalecidas se suma, entonces, lo imperioso de proporcionar a los hijos el elemento insustituible del marco familiar cohesionado y estable.

Es por tal razón que nos hemos inclinado decididamente por imponer como etapa previa al proceso de divorcio, obligatoria, la instancia conciliatoria habiendo hijos menores de edad.

Operando a modo de condición de admisibilidad de la acción de divorcio causado o de la presentación conjunta de los cónyuges cuando recurren a la vía del divorcio por mutuo consentimiento, esta etapa conciliatoria se formaliza mediante la realización de audiencias de tal índole, en el número y con la periodicidad que se consideren necesarios. Igualmente, cabrá solicitar informes técnicos, pericias y receptación de declaraciones para una mejor apreciación de los factores determinantes del conflicto y a los fines de la más ajustada orientación del órgano conciliatorio, como así también habrán de ser oídos —en su caso— los propios hijos menores, en audiencias conjuntas o separadas.

La etapa conciliatoria no debe ser muy prolongada y deberá contemplarse un plazo máximo, vencido el cual habrá de considerarse que la conciliación ha fracasado, quedando expedita entonces —o aún antes si el órgano respectivo estima infructuosa su gestión— la acción de divorcio entablada.

La atribución de la tarea conciliatoria puede ser delegada al Juez de Menores, al Tribunal de Familia o a un organismo técnico-administrativo, específicamente creado a tales fines. Por nuestra parte, considerando que nada impide que esta materia constituya competencia del órgano jurisdiccional especializado, nos inclinamos por preferir asignarla a un apéndice de los organismos ejecutivos de protección a la minoridad y familia.

La experiencia en el orden internacional, especialmente la concerniente a las agencias inglesas de conciliación, y las posibilidades de un más amplio accionar mediante la intervención de auxiliares técnicos (servicio social, gabinetes de orientación psicosocial y médica, etcétera) nos lleva a pensar que la función encontrará una mejor respuesta en orden a sus finalidades siendo atribuida a un organismo independizado del Poder Judicial, máxime en atención al recargo de tareas propias de los integrantes de este Poder, que puede desvanecer los reales alcances de la etapa conciliatoria.

A P E N D I C E

I - BASES PARA UNA DECLARACION JUDICIAL DEL ESTADO DE ABANDONO

PRIMERO. Podrá ser judicialmente declarado en estado de abandono todo menor que se encuentre en desamparo material y/o moral, determinante de una situación de desprotección que impida o perturbe su integral formación personal.

SEGUNDO. La declaración de abandono será efectuada por los Jueces de Menores, a petición del Ministerio de Menores, Consejo del Menor o Policía Juvenil.

TERCERO. A los fines de la declaración de abandono los organismos de protección mencionados precedentemente harán llegar al Juez de Menores los antecedentes del caso, acompañando en lo posible la partida de nacimiento del menor y toda otra documentación vinculada con la situación del mismo.

CUARTO. Declarado judicialmente el estado de abandono nacerá y se entablará entre el menor y el Estado, a través del Consejo del Menor, una vinculación de carácter irrevocable que se prolongará durante el lapso que requiera la superación total del estado carencial.

Durante el período de tutela y reeducación el Consejo del Menor podrá adoptar las medidas que técnicamente correspondan. Estas medidas no serán susceptibles de variación o cese por ingerencia de terceros, incluidos los representantes legales del menor.

QUINTO. El estado de abandono judicialmente declarado y sus efectos cesarán cuando así lo resuelva el Juez de Menores que lo decretó, por corresponder según su apreciación y ello fuera solicitado por el Consejo del Menor o los representantes legales del menor. En este último caso el Juez, antes de proveer, deberá requerir informe al Consejo del Menor acerca de la evolución del caso, la respuesta otorgada por el menor al tratamiento tutelar y la inci-

dencia que sobre la persona del menor causará la cesación del estado de abandono.

SEXTO. La cesación del estado de abandono será revocada, a petición de los organismos de protección indicados en el punto segundo, cuando el Juez de Menores lo considere procedente, retrotrayéndose la situación del menor a la que regía antes de declararse dicha cesación.

II — BASES PARA UN INSTITUTO DE ORIENTACION Y CONCILIACION FAMILIAR

PRIMERO. Créase, dependiente de....., el Instituto de la Familia, organismo que tendrá a su cargo la implementación de la política de protección a la familia, mediante la labor que le determina esta ley y le fijen leyes posteriores tendientes a la protección del núcleo familiar.

SEGUNDO. El Instituto de la Familia estará integrado con un Director y tres Vocales, designados por el Poder Ejecutivo por períodos renovables de cuatro años.

TERCERO. Para ser Director o Vocal del Instituto de la Familia se requiere edad mínima de treinta y cinco años, ser abogado, médico, pedagogo, psicopedagogo o psicólogo, especializados en relaciones familiares. Igualmente deberán acreditarse condiciones destacadas de moralidad.

CUARTO. No podrán ser parientes dentro del parentesco por consanguinidad y hasta el tercer grado colateral del parentesco por afinidad los integrantes del Instituto. Tampoco podrán pertenecer a la misma profesión más de dos de los miembros del organismo.

QUINTO. El Instituto de la Familia contará con Gabinetes Técnicos de Medicina psicosomática, Servicio Social y Educación. Dichos Gabinetes estarán integrados por profesionales especializados en relaciones familiares y el número de componentes no será inferior a tres por Gabinete.

SEXTO. Son funciones del Director del Instituto de la Familia:

a) Representar al organismo ante los poderes públicos de la Provincia y de la Nación y ante las instituciones privadas.

- b) Convocar y presidir las reuniones del Instituto, resolviendo en última instancia las controversias que se susciten en lo referente a la política familiar y en lo relacionado con las funciones del organismo.
- c) Suscribir conjuntamente con los demás integrantes del Instituto los informes producidos en los juicios de divorcio, según lo dispuesto por la respectiva ley de procedimientos.
- d) Designar a los integrantes de los Gabinetes Técnicos, previo concurso de antecedentes y oposición.
- e) Reglamentar los concursos de ingreso mencionados en el inciso anterior, como así la actividad interna del Instituto.

SEPTIMO. Son funciones de los Vocales del Instituto de la Familia:

- a) Suplir al Director en caso de ausencia o impedimento, conforme a la reglamentación que se dicte.
- b) Participar de las reuniones que se convoquen para analizar y resolver acerca de la marcha del organismo, pudiendo solicitar que se convoque obligatoriamente a reunión cuando lo estimen necesario.
- c) Suscribir los informes en los juicios de divorcio, según lo previsto en esta ley.
- d) Supervisar las tareas de los Gabinetes Técnicos, según la distribución acordada por el Instituto.

OCTAVO. Corresponde a los Gabinetes Técnicos efectivizar las tareas que, a los fines de la protección de la familia, se les señale reglamentariamente, o se les encomienden por la Dirección y por los Vocales supervisores que correspondan.

En los casos de atención de conflictos matrimoniales o familiares procurarán centrar la labor en la superación del problema mediante la actuación profesional personal y coordinada, la que se ejercitará y dejará asentada según lo exprese la reglamentación del Instituto.

NOVENO. Para la efectivización de sus tareas, los miembros de los Gabinetes Técnicos podrán relacionarse y pedir colaboración respecto de otros organismos públicos o privados.

DECIMO. El Instituto de la Familia ejercerá la función orientadora y conciliadora en los siguientes casos:

- a) a solicitud de los cónyuges o de uno de ellos,
- b) a instancia de los hijos menores adultos,
- c) por requerimiento de los organismos judiciales o administrativos de protección a la minoridad, y
- d) a requerimiento judicial, en los casos de divorcio según lo contempla la ley de procedimientos en relación con la Conciliación matrimonial obligatoria previa al juicio de divorcio (*).

(*) Ver capítulo XI, § 79.

III - BASES PARA LA PARTICIPACION DE LA COMUNIDAD EN UNA POLITICA SOBRE MINORIDAD

PRIMERO. Poner en conocimiento de la comunidad la naturaleza y entidad del problema del abandono minoril a través de su difusión por parte de los organismos de protección y entes estatales de bienestar social que coordinan su acción con aquéllos.

SEGUNDO. Divulgación de la participación que le corresponde a la comunidad en la superación del abandono y de las posibilidades de concretar una actividad cooperante.

TERCERO. Empleo de técnicas de investigación a los fines de establecer las factibilidades de participación y la actitud de la comunidad al respecto.

CUARTO. Registro de solicitantes de menores en guarda, custodia y para eventual adopción, estableciendo servicios de selección de inscriptos.

QUINTO. Organización de voluntariados para actuar en tareas de reeducación ante los organismos de protección a la minoridad en las oportunidades, lugares y forma que se establezca.

SEXTO. Designación, en los organismos de protección a la minoridad, de personal que tendrá a su cargo producir el enlace entre los servicios de tutela y la comunidad.

BIBLIOGRAFIA

ALBERT - LAMBERT, Jacqueline, *El papel del padre*, Barcelona, Nova Terra, 1968.

AMADO, GEORGES y ROY, Jacqueline, *La observación de los niños difíciles*, Madrid, Narcea, 1971.

ARAYA, José L., *La ley de tribunales de menores de Santa Fe (Ley 3460)*, en *La Ley*, 54-955.

ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *Análisis de la nueva legislación sobre adopción*, en "Documentación Social", Madrid, 1971, nº 3.

BALSELLS, Héctor Horacio, *La legislación soviética de familia de 1968*, *El Derecho*, T. 96, p. 933.

BROUSSALLIS, Praxiteles, *Policía de la Minoridad*, *La Ley*, T. 120, p. 1001.

CABALLERO, José Severo, *Regulación de la tutela y de la represión de los menores delincuentes en la República Argentina*, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963.

CAFFERATA, José Ignacio, *La guarda de Menores*, Astrea, Buenos Aires, 1978.

CAMPOS GIMÉNEZ, Carlos María, *Introducción al bienestar de la familia y del menor*, Ed. Ecro, Buenos Aires, 1968.

COLL, Jorge E., *Revista de la Universidad de Córdoba*, año XVII, nº 3/4, mayo-junio de 1930.

CHAZAL, Jean, *La Infancia Delincuente*, Paidós, Buenos Aires, 1967.

D'ANTONIO, Daniel Hugo, *La autonomía procesal del Derecho de Menores*, *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, año II, nº 7, p. 45.

— — *Efecto de la adopción sobre la patria potestad de los padres de origen*, *El Derecho*, T. 26, p. 881.

— — *El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales*. *El Derecho*, T. 29, p. 845.

— — *Concepto y naturaleza jurídica de la familia*, *El Derecho*, T. 31, p. 1106.

— — *La capacidad del menor de edad para otorgar testamento*, *El Derecho*, T. 70, p. 801.

— — *La Potestad Adoptiva*, *El Derecho*, T. 76, p. 871.

— — *Estado actual de la legislación argentina sobre minoridad*, *Zeus*, T. 2, D-7.

— — *Minoridad y Derecho*, *Zeus*, T. 4, D-13.

- D'ANTONIO, Daniel Hugo, *El menor en estado de abandono*, Zeus, T. 8, D-3.
-- *La sanción de la reforma al régimen de la patria potestad y su veto*, Zeus, T. 6, D-35.
-- *Imputabilidad y responsabilidad del menor de edad*, Zeus, T. 8, D-17.
-- *Patria potestad, adopción y "adoptio potestad"*, Zeus, T. 12, D-21.
-- *Régimen de capacidad de los menores emancipados por habilitación de edad*, Zeus, T. 14, D-3.
-- *Protección jurídica del menor*, Zeus, T. 18, D-15.
-- *Observaciones al anteproyecto de Ley de Tribunales de Menores para la Provincia de Santa Fe*, Zeus, T. 18, D-23.
-- *Derecho de Menores*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973.
-- *El menor ante el delito*, Astrea, Buenos Aires, 1978.
-- *Patria Potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1979.
- DAVID, Pedro R., *Sociología Criminal Juvenil*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- ESCUERRA BARRY, Roberto, *Desarrollo de los programas asistidos por el UNICEF en la región de las Américas*, en "El niño y el joven", Paidós, Buenos Aires, 1972.
- FRIEDLANDER, Kate, *Psicoanálisis de la Delincuencia Juvenil*, Paidós, Buenos Aires, 1961.
- GALLEGOS, Jorge, *El menor ante el Derecho Penal*, Ed. Aniceto López, Buenos Aires, 1943.
- GUASTAVINO, Elías Pablo, *Situación jurídica de los menores en Derecho Privado*, en Boletín del Instituto de Derecho Civil Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales U. N. L., Santa Fe, 1965, p. 191.
- GUASTAVINO URETA, Ema, *Servicios sociales y medicina legal en tribunales de menores*, en Boletín del Inst. Interamericano del Niño, Montevideo, nº 152, p. 76.
- JUSTO, Alberto M., *Trayectoria Institucional del Ministerio de Menores*, La Ley, T. 104, p. 922.
- KAHN, Alfred J., *Planeamiento de los servicios de comunidad para menores en dificultades*, Ed. Omeba, Buenos Aires, 1967.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *La capacidad civil del menor que trabaja*, Astrea, Buenos Aires, 1976.
- KENNEY, John y PURSUIT, Dan G., *Técnica policíaca y Administración de Justicia para el comportamiento juvenil delictuoso*, Limusa-Wiley, México, 1971.
- LANDÓ, Juan Carlos, *La protección y el tratamiento de los menores*, Depalma, Buenos Aires, 1957.
-- *Hacia la protección integral de la minoridad*, Depalma, Buenos Aires, 1950.
- LÓPEZ RIOCEREZO, José María, *Delincuencia Juvenil, Profilaxis y Terapéutica*, E. V. Suárez, Madrid, 1963
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Del abuso del derecho en las relaciones de familia*, en Boletín del Instituto de Derecho Civil Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales, U. N. L., Santa Fe, 1965, p. 105.
-- *Sobre la intervención judicial en cuestiones de familia*, La Ley, T. 1976-B, p. 215.
- MENDIZÁBAL OSES, Luis, *Derecho de Menores*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977.
- MENDOZA, José Rafael, *La protección y el tratamiento de los menores*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.
- MIDDENDORFF, Wolf, *Criminología de la Juventud*, Ariel, Barcelona, 1964.
- MONTESINOS, Raúl, *Planificación del desarrollo y formación de las nuevas generaciones en América Latina*, en "El Niño y el Joven", Paidós, Buenos Aires, 1972.
- OSSORIO, Angel, *Código del Niño (un gran proyecto)*, La Ley, T. 24, p. 118.
- SABATER TOMÁS, Antonio, *Los delincuentes jóvenes*, Ed. Hispano-Europea, Barcelona, 1967.
- ZANNONI, Eduardo A., *La legislación del menor en Mendoza y su reforma*, Revista Jurídica de Buenos Aires, T. III, año 1966, p. 105.

INDICE

NOTA PRELIMINAR	7
PROLOGO A LA SEGUNDA EDICION	9

SECCIÓN PRIMERA

EL DERECHO DE MENORES Y LA PROTECCION JURIDICA A LA MINORIDAD

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE MENORES Y LA PROTECCION JURIDICA A LOS MENORES DE EDAD

1. Fundamentos de la protección jurídica del menor	13
2. La protección jurídica como parte de la protección general a la minoridad	14
3. El Derecho de Menores	15
a) Reconocimiento y resistencia de la doctrina respecto de la autonomía del Derecho de Menores	15
b) La teoría general del Derecho de Menores	18
4. Autonomía científica y autonomía procesal del Derecho de Menores .	19
5. Códigos o estatutos de la minoridad	22
6. Protección jurídica, Derecho de Menores y política sobre minoridad ..	25

CAPÍTULO II

EL SUJETO DEL DERECHO DE MENORES

7. El sujeto de la protección jurídica a la minoridad	29
8. El estado de minoridad	30
9. Gradaciones legales de la condición de menor	32
a) Posición del Código Civil y crítica doctrinaria	32
b) Irrelevancia jurídica de las categorías de menores. Excepciones a la condición básica de incapacidad	34
10. El menor en estado de abandono	36
11. La declaración judicial del estado de abandono	38

SECCIÓN SEGUNDA

ELEMENTOS E INSTITUCIONES DE LA PROTECCION JURIDICA A LA MINORIDAD

CAPÍTULO III

INCAPACIDAD. REPRESENTACION. ASISTENCIA

12. Introducción	43
13. La incapacidad	44
14. Capacidad y discernimiento	45
15. Incapacidad e inimputabilidad	47
a) La incapacidad del menor en relación a los ilícitos penales	47
b) La inimputabilidad en el derecho penal	49
16. Régimen legal vigente	52
16 bis. Análisis de la ley 22.278 sobre régimen aplicable a los menores incursos en delitos	55
a) Análisis preliminar	55
b) Categorías de menores	58
c) Normas de disposición y tutela	58
17. Excepciones a la incapacidad de hecho del menor	60
18. Nulidad de los actos jurídicos cumplidos por el menor o su representante	62
19. La capacidad de la persona por nacer	63
20. Representación y asistencia del menor	65
21. La representación de la persona por nacer	67
22. Emancipación legal y habilitación de edad	68
a) Emancipación legal o matrimonial	68
b) Habilitación de edad	69

CAPÍTULO IV

ESTADO DE FAMILIA. PARENTESCO

23. Emplazamiento de la persona del menor en el estado de familia	73
24. El menor y la familia	76
25. El estado de familia. Título de estado	78
26. Acciones de estado	80
27. El parentesco	82
a) Clases de parentesco	83
b) Cómputo	83

CAPÍTULO V

FILIACION. PATRIA POTESTAD

28. La filiación. Clases	87
29. Hijos legítimos	88
a) Emplazamiento del hijo en la filiación legítima	88
b) Prueba de la filiación legítima	89
c) Desplazamiento del hijo de la filiación legítima	90
30. Hijos extramatrimoniales	92
31. Los hijos extramatrimoniales en la legislación argentina	94
32. El reconocimiento de hijos extramatrimoniales	97
a) Concepto y naturaleza jurídica	97
b) Los sujetos del reconocimiento	98
c) Formas del reconocimiento	99
33. Declaración judicial de la filiación extramatrimonial	101
34. Legitimación	103
35. Legitimación del hijo concebido en adulterio	104
36. Patria potestad	105
37. La relación paterno-filial y la patria potestad	106
1. Guarda	107
2. Asistencia	107
3. Representación	108
4. Administración	109
5. Usufructo	109
38. Ejercicio de la patria potestad	110
a) Ejercicio en los hijos matrimoniales	111
b) Ejercicio en los hijos extramatrimoniales	111
39. Modalidades de la patria potestad	113
a) Extinción	114
b) Pérdida	115
c) Pérdida y suspensión del ejercicio	116
d) Otras modalidades	118
40. Síntesis de las vicisitudes a que se encuentra sometida la patria po- testad	119

CAPÍTULO VI

ADOPCION. TUTELA

41. La adopción. Reseña histórica de la institución	121
42. Concepto de adopción	123

43. Clases de adopción	124
a) La adopción simple	124
b) La adopción plena	125
c) Legitimación adoptiva	126
44. Análisis de la ley 19.134	127
a) Disposiciones comunes a ambos tipos de adopción	128
b) El procedimiento en la adopción	132
c) Adopción plena	134
d) Adopción simple	137
45. Determinación de los derechos-deberes del adoptante. Potestad adoptiva	139
46. La adopción como institución de protección al menor	140
47. Tutela	141
a) Concepto y caracteres	141
b) Clases de tutela	144
c) Obligaciones del tutor	146
d) Extinción de la tutela	147
48. Tutela especial	147

CAPÍTULO VII

MATRIMONIO DE MENORES

49. El matrimonio de menores de edad	151
a) Edad mínima para casarse	152
b) Excepciones	153
50. Autorización para casarse	153
Venia supletoria	154
51. Protección jurídica al menor en materia matrimonial	155
a) Oposición a la celebración del matrimonio de menores. Disenso ..	156
b) Incapacidades de derecho para los menores emancipados legalmente	158

SECCIÓN TERCERA

ORGANISMOS Y TRATAMIENTOS DE PROTECCION A LA MINORIDAD

CAPÍTULO VIII

ORGANOS JUDICIALES DE PROTECCION A LA MINORIDAD

52. Organos de protección a la minoridad	163
a) Concepto	163
b) Evolución	163
c) Clasificación	165

53. Organos jurisdiccionales. Los Tribunales de Menores	165
54. Tribunales de Menores en la República Argentina	166
55. Justificación, organización y competencia del Tribunal de Menores ..	167
a) Organización	168
b) Competencia	170
56. Conclusiones de las Primeras Jornadas Interprovinciales de la Minori- dad sobre Tribunales de Menores	171
57. Pautas de intervención del Tribunal de Menores	172
58. El Ministerio de Menores	174
59. Intervención del Ministerio de Menores respecto de menores sujetos a patria potestad	173
60. Actuación directa del Ministerio de Menores en beneficio del menor de edad	176

CAPÍTULO IX

EL PATRONATO DEL ESTADO EN MATERIA DE MINORIDAD

61. Fundamentos para un tratamiento diferenciado del Patronato del Estado	179
62. Concepto y antecedentes del Patronato del Estado	180
63. Organismos que constituyen el Patronato de Menores, Remisión ...	182

CAPÍTULO X

ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCION A LA MINORIDAD

64. Concepto	185
65. Servicio Nacional de Minoridad	186
66. Consejos Provinciales del menor	188
67. Policías juveniles o del menor	189
68. Coordinación entre los organismos de protección	191
69. Conclusiones de la Segunda Reunión Nacional de Organismos Protec- cionales de la Minoridad	192

CAPÍTULO XI

TECNICAS Y TRATAMIENTOS DE PROTECCION A LA MINORIDAD

70. Tratamientos. Clases y características	197
71. Tratamientos no institucionales. Libertad vigilada	198
72. Guarda y custodia	199
73. Distintas clases de guarda. Guarda de los particulares	202
74. La guarda de hecho	203

75. La guarda de los organismos técnico - administrativos de protección. El problema de la tutela oficial	204
76. Libertad compromisoria	207
77. Tratamiento institucional. Institutos	207
78. Tratamiento postinstitucional	210
79. Conciliación matrimonial obligatoria, previa al juicio de divorcio ...	210

APÉNDICE

I. Bases para una declaración judicial del estado de abandono	215
II. Bases para un Instituto de Orientación y Conciliación Familiar	217
III. Bases para la participación de la comunidad en una Política sobre Minoridad	221
BIBLIOGRAFÍA	223

SE TERMINO DE IMPRIMIR
EL DIA 15 DE OCTUBRE DE 1980
EN LA IMPRENTA DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
SANTA FE - REP. ARGENTINA

