

LEGISLACION JUVENIL

0091

Ley 20.056, Difusión de hechos que involucren a menores
Derecho de Menores, Daniel Hugo D'antonio

Art. 1° — Declárase a la Empresa Líneas Marítimas Argentinas comprendida a partir del otorgamiento de la respectiva acta constitutiva, en el régimen de los arts. 308 a 314 de la ley 19.550 [XXXII-B, 1760] con las modificaciones que surgen de la presente.

Art. 2° — Será objeto social de la entidad que se prevé por el artículo anterior, la explotación comercial del transporte marítimo y de todas las actividades conexas, accesorias o complementarias, relacionadas directa o indirectamente con aquélla. Actuará como instrumento de la política económica del Estado y constituirá el tonelaje de reserva naval, adecuado a las necesidades de la defensa nacional.

Art. 3° — La sociedad anónima cuya creación se determina por esta ley, tendrá como capital inicial el patrimonio de la Empresa Líneas Marítimas Argentinas, tal como resulte de su balance contable al 31 de diciembre de 1971, con más los importes que resulten por aplicación de lo dispuesto en el art. 4°. Completará el capital inicial de la sociedad, lo que en dinero o en especie aporte la Empresa Flota Fluvial del Estado Argentino, según lo previsto en el art. 9° de esta ley, como integración de las acciones que suscriba al constituirse la sociedad.

nio, una sociedad anónima reglada por esas disposiciones.

En este proyecto se autoriza a la Empresa Flota Fluvial del Estado Argentino a concurrir a la formación de la nueva sociedad junto con el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, el que actuando por el Estado nacional integrará con el actual patrimonio de Empresa Líneas Marítimas Argentinas las acciones que suscriba como socio de la nueva entidad.

Se establecerán así con la nueva estructura jurídica que se crea condiciones favorables para que la Empresa pueda concretar sus objetivos con mayor eficiencia sin que el Estado nacional pierda prevalencia en sus órganos de administración y control.

En cuanto al órgano directivo, se prevé que la designación de presidente y vicepresidente recaiga en los directores representantes del capital del Estado nacional. Asimismo, uno de dichos directores será un empleado de la sociedad. Esta última iniciativa responde al propósito de contar, en el más alto nivel, con el valioso aporte de quien tendrá, cabe suponerlo, el máximo interés en el desarrollo y la consolidación de la Empresa.

Como condición indispensable de esta nueva etapa de la Empresa bajo otra forma jurídica se ha considerado el saneamiento del patrimonio de Líneas Marítimas Argentinas. Su elenco de buques que en el año 1970 alcanzaba la edad promedio de casi 20 años, exige inversiones superiores a sus posibilidades de reserva de capital, la que era absorbida por la

Art. 4° — Decláranse canceladas las deudas de la Empresa Líneas Marítimas Argentinas con el gobierno nacional por los conceptos e importes que se indican a continuación: a) Fondos entregados con cargo de reintegro, para financiar obras, cuyo importe asciende, con los correspondientes intereses devengados al 31 de diciembre de 1970 a la suma de \$ 154.528.844,34, b) Fondos entregados o a entregar como contribución del Tesoro según presupuesto del año 1971 y anteriores, por un importe de \$ 24.744.970,90, con más los intereses devengados al 31 de diciembre de 1971. La contribución del Tesoro para financiar el plan de obras de la citada empresa en el ejercicio de 1972, más los correspondientes intereses devengados, tendrán el carácter de no reintegrables. Los montos resultantes de las operaciones citadas precedentemente, serán computados como aporte de capital del Tesoro Nacional, a través del Ministerio de Obras y Servicios Públicos.

Art. 5° — La sociedad anónima a constituir a tenor de lo establecido en el art. 1° de esta ley, reintegrará al Tesoro Nacional, a partir de 1973, la suma de \$ 30.291.273,37, correspondiente a las entregas de fondos del Tesoro Nacional e intereses devengados, no incluidas dentro de las sumas canceladas a que se refiere el art. 4° de la presente.

necesidad de mantenerlo en condiciones aceptables de operatividad. Esta situación de su flota la llevó a soportar resultados de explotación fuertemente deficitarios.

El saneamiento patrimonial que se propone en el adjunto proyecto tiende a colocar a la sociedad anónima que se crea en condiciones de adecuar sus futuras posibilidades financieras sin la carga que significaría su pasivo de arrastre, acrecentado por los planes de renovación actualmente en vigencia, los que escapan por su magnitud a cualquier posibilidad futura de reintegro al Tesoro Nacional.

En otro orden de consideraciones se prevé que en los documentos constitutivos de la sociedad se deje expresa constancia del propósito de mantener la prevalencia del capital del Estado nacional, por lo que de acuerdo con lo establecido por el art. 313 de la ley 19.550 cualquier enajenación de acciones que importe la pérdida de esa situación mayoritaria deberá ser autorizada por ley.

Se estima finalmente que la forma jurídica proyectada para la Empresa Líneas Marítimas Argentinas asegurará a ésta la deseable flexibilidad operativa para el cumplimiento de su finalidad esencial, es decir, constituir un verdadero instrumento de la política económica nacional y la reserva de tonelaje adecuado a las necesidades de la defensa nacional.

Dios guarde a V. E. — Pedro A. Gordillo. — Gervasio R. Colombes. — Jorge Wehbe.

Dicho reintegro se efectuará en 10 cuotas anuales, iguales y consecutivas y libres de intereses, debiendo abonarse la primera antes del 30 de junio de 1973.

Art. 6° — Autorízase al Poder Ejecutivo, una vez determinada la deuda actual de la Empresa Líneas Marítimas Argentinas con el ex Instituto Argentino de Promoción del Intercambio, a disponer su cancelación, a cargo de la entidad constituida de conformidad con la presente ley, en un plazo máximo de 10 años, sin intereses y a contar desde el año siguiente al de la fecha del decreto respectivo.

Art. 7° — Autorízase a la Contaduría General de la Nación para que con la previa intervención del Tribunal de Cuentas de la Nación y la conformidad del Ministerio de Hacienda y Finanzas, efectúe todas las operaciones contables necesarias para el cumplimiento de lo establecido en esta ley.

Art. 8° — La sociedad anónima a que se refiere el art. 1° de la presente, elevará anualmente al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, sus requerimientos de ampliación de capital para hacer frente al cumplimiento de los planes vigentes de adquisición de buques, a que se refieren los deca. 5183/61, 10.809/65, 7010/67, 7521/68, 4777/69, 1009/70, 2382/70 y 3780/71, a cuyo efecto deberá tener en cuenta lo dispuesto por el art. 13 de esta ley.

Art. 9° — El instrumento público constitutivo de la sociedad mencionada en el art. 1° será otorgado por ante la Escribanía General del Gobierno de la Nación, por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, que queda autorizado al efecto, al igual que para integrar las acciones que suscriba con los bienes a que se refieren los arts. 3° y 4° de esta ley y a reverter en la sociedad el carácter de socio de la misma, y la Empresa Flota Fluvial del Estado Argentino, que queda igualmente autorizada a integrar, en efectivo o en especie, las acciones que resuelva suscribir en el mismo acto y a invertir la calidad de socio de la entidad, todo ello con sujeción a lo demás que se determine en el estatuto.

(*) Nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley 20.056.

Buenos Aires, 28 de diciembre de 1972.

Al Excmo. señor Presidente de la Nación:

Tenemos el honor de elevar a consideración de V.E. un proyecto de ley por el cual se prohíbe en todo el territorio de la República la difusión o publicidad por cualquier medio, de hechos referentes a menores de 18 años de edad, autores o víctimas de delitos o infracciones, o que se encuentren en estado de abandono o en

Art. 10. — El Estado nacional y sus organismos deberán, en todo momento ser propietarios de no menos del 75% del capital de la sociedad anónima a que se refiere el art. 1° de esta ley. El resto del capital social, hasta completar el 100% del mismo, sólo podrá pertenecer a los demás entes mencionados en el art. 308 de la ley 19.550 [XXXII-B, 1760]. Los estatutos de la entidad contendrán las normas necesarias para impedir que, por nuevas emisiones, se altere lo anteriormente establecido.

Art. 11. — El estatuto de la sociedad prevista en el art. 1° de la presente ley, determinará que la designación de presidente y vicepresidente sólo podrá recaer en los directores representantes del capital del Estado nacional o de sus organismos. Asimismo, establecerá que uno de los directores será elegido de entre el personal de la empresa, debiendo tener una antigüedad en ella no menor de 10 años continuos y hallarse en servicio activo.

Art. 12. — El estatuto de la sociedad a constituir será elevado al Poder Ejecutivo para su aprobación dentro de los 30 días de sancionada la presente.

Art. 13. — El estatuto de la nueva sociedad deberá disponer que las utilidades de la empresa se afectaran prevalentemente a aumentar su capital para financiar total o parcialmente el cumplimiento de los planes vigentes de adquisición de buques a que se refieren los decretos enunciados en el art. 8° de la presente ley o los que se aprueben en el futuro.

Art. 14. — Comuníquese, etc.

LEY 20.056 (*)

Menores — Prohibición de la difusión o publicidad por cualquier medio de hechos referentes a menores de 18 años autores o víctimas de delitos o contravenciones o que se encuentren en estado de abandono o de peligro moral o material.

Sanción y promulgación: 28 diciembre 1972.
Publicación: B.O. 5/IV/73.

peligro moral o material, o cuando por esa publicidad o difusión fuere escuchado o exhibido el menor o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que pueda ser identificado.

El proyecto tiende a prevenir y sancionar hechos que conadyuvan a la propagación y apología de la delincuencia juvenil o a la explotación con fines sensacionalistas del menor abandonado o en estado carental.

Sin embargo, la prohibición no es absoluta y no regirá cuando la difusión o publicidad fuera emitida o autorizada por los órganos judiciales o administrativos competentes. De tal manera se prevén supuestos en

Ámbito de aplicación.

Art. 1° — Prohíbese en todo el territorio de la República, la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de 18 años de edad incurso en hechos que la ley califica como delitos o contravención o que sean víctimas de ellos, o que se encuentren en estado de abandono o en peligro moral o material, o cuando por esa difusión o publicidad fuera escuchado o exhibido el menor o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que pueda ser identificado.

Difusión autorizada por órganos competentes.

Exclúyese de dicha prohibición las informaciones que emitan o autoricen los órganos judiciales o administrativos competentes en el orden nacional o provincial.

Sanciones.

Art. 2° — La infracción a las disposiciones precedentes será sancionada con multa de \$ 500.- a \$ 10.000.-, sin perjuicio del comiso de los instrumentos donde conste la difusión o publicidad y las demás sanciones administrativas a que hubiere lugar.

Órganos de aplicación de las sanciones.

Art. 3° — La multa será aplicada por los jueces intervinientes o en su defecto, por el órgano competente en materia de protección de menores en el orden nacional o provincial o el que se designe en este último, según corresponda.

Recursos

Art. 4° — Contra las sanciones impuestas por los jueces, se podrá apelar en la forma determinada por las respectivas leyes procesales.

que la difusión o publicidad de que se trata pueda ser beneficiosa para los menores o la sociedad.

El quebrantamiento de la prohibición traerá como sanción la aplicación de multa, sin perjuicio del comiso de los instrumentos donde conste la difusión o publicidad y las demás sanciones administrativas a que hubiere lugar.

Los órganos de aplicación serán los jueces intervinientes o en su defecto, los competentes en materia de protección de menores en el orden nacional o provincial. También se prevé el destino de las multas, que se aplicarán en beneficio de los menores.

En lo que concierne al procedimiento sancionatorio, se prevé la revisión judicial de la multa, dándose así suficiente garantía a las partes de acuerdo con la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que los procedimientos administrativos dejen abierta la posibilidad de la revisión ulterior por los jueces.

El proyecto que se propicia no resulta repugnante a la libertad de prensa consagrada por la Constitución

Cuando la sanción fuera impuesta por órgano administrativo, el afectado podrá interponer apelación por ante el tribunal competente en el orden local. En la Capital Federal la apelación deberá deducirse dentro del plazo de 5 días hábiles de notificada la resolución, y entenderá en ella el juez nacional de primera instancia en lo correccional.

Procedimiento para el cobro de la multa.

Art. 5° — Una vez firme la multa, procederá su cobro por vía de ejecución de sentencia, si hubiera sido impuesta por autoridad judicial; si lo hubiera sido por órgano administrativo, se seguirá el procedimiento de ejecución fiscal, a cuyo efecto tendrá fuerza ejecutiva el testimonio de la resolución que la aplicó, expedido por el titular de dicho órgano.

El ministerio público de menores, o el órgano administrativo competente, según el caso, serán los encargados de promover la ejecución de las multas. La falta de ejecución dentro de los 30 días de quedar firme la resolución que las impuso, el retardo en el trámite o el abandono injustificado de éste, será considerado falta grave.

Destino de las multas.

Art. 6° — El producto de las multas se destinará al Fondo Nacional del Menor en el orden nacional o a obras de protección de menores en jurisdicción provincial.

Art. 7° — Comuníquese, etc.

LEY 20.057

Ver apéndice.

Nacional, ya que tal garantía debe condicionarse a las leyes que reglamentan su ejercicio. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido desde antiguo que la libertad de prensa, como las demás libertades, no reviste el carácter de absoluta, y que la sola existencia de leyes reglamentarias no puede considerarse una restricción, en tanto la reglamentación sea razonable. La circunstancia de dictar leyes reglamentarias no importa trabar la libertad de prensa, sino garantizar otros derechos que podrían ser afectados si los medios de comunicación masiva no estuvieran sujetos a sanción legal, por los abusos que pudieran cometerse por medio de ellos.

El proyecto que se somete a la consideración de V.E. encuadra en las Políticas Nacionales 47 y 48 aprobadas por dec. 46/70 de la Junta de Comandantes en Jefe [XXX-B, 1899].

Dios guarde a V.E. — Oscar R. Puiggrós. — Gervasio R. Colombres.

LEY 20.058

Ver apéndice.

LEY 20.059 (*)

Trabajo — Fondo de desempleo para los trabajadores de la industria de la construcción — Inclusión de la actividad "vías y obras" en el régimen de la ley 17.258.

Sanción y promulgación: 28 diciembre 1973.
Publicación: B. O. 1/III/73.

Art. 1° — Inclúyense a los empleadores y trabajadores comprendidos en la actividad denominada "Vías y obras" en el régimen instituido por la ley 17.258 [XXVII-A, 262] a partir del 1° de marzo de 1973, desde cuya fecha comenzarán a ser exigibles

(*) Nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley 20.059.

Buenos Aires, 28 de diciembre de 1972

Al Excmo. señor Presidente de la Nación:

Tengo el agrado de dirigirme al Primer Magistrado elevando a vuestra consideración un proyecto de ley por el cual se incluyó en el régimen de la ley 17.258 [XXVII-A, 262] a los empleadores y trabajadores comprendidos en la actividad denominada "Vías y obras".

Sin perjuicio de advertir que del contexto de la ley 17.258 no surge que la actividad "Vías y obras" aparezca incluida en su ámbito de comprensión, se considera que el régimen instituido por esa ley, se muestra idóneo para regular las relaciones de trabajo que se concretan entre empleadores y trabajadores de la actividad "Vías y obras". Dicha idoneidad resulta de la adecuación existente entre la movilidad propia que presenta esta actividad, reflejada en la relación de trabajo, y la que ostenta al respecto el régimen legal que se pretende aplicar.

(**) Nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley 20.060.

Buenos Aires, 28 de diciembre de 1972.

Al Excmo. señor Presidente de la Nación:

La Administración pública nacional cuenta con un plantel de personal cuyas relaciones laborales con

los derechos y obligaciones establecidos en la ley citada.

Art. 2° — A los efectos de la aplicación de la ley 17.258, la fecha de vigencia y plazos en ella previstos, se entenderán referidos a la de vigencia de la presente ley.

Art. 3° — Comuníquese, etc.

LEY 20.060 ()**

Administración pública — Régimen de selección, designación y promoción del personal — Suspensión de las normas fijadas por dec. ley 6666/57.

Sanción y promulgación: 28 diciembre 1972.
Publicación: B.O. 16/I/73.

Ello determina una coincidencia de dinámicas que, como se expresara, inclinan a la inclusión propuesta.

Teniendo en consideración las consecuencias de ordenamiento que provoca el cambio de régimen de regulación de las relaciones de trabajo — exigencias de registro, obtención de libretas de aportes, etc. — se propicia que la vigencia del nuevo régimen no se efectivice de inmediato, para permitir el reacomodamiento de las situaciones contractuales en vigor a la norma legal cuya aplicación se propugna.

Además, se estima prudente señalar en el proyecto la referencia puesta de manifiesto en su art. 2°, a fin de procurar una mayor claridad en la aplicación de la ley 17.258 en la etapa de transición entre la vigencia de la aplicación de las disposiciones de la ley 11.729 [1920-1940, 477] y la de las propias de la ley 17.258. Va implícita en dicha referencia la que hace al art. 8° de esa ley cuyo texto trata de evitar, como podría suceder en el caso, la eventual adopción de medidas discriminatorias en perjuicio de los trabajadores.

Dios guarde a V. E. — Rubens G. San Sebastián.

el Estado, responden a variantes no uniformes. Junto con el personal que integra los cuadros permanentes existen numerosos agentes que prestan eficientes servicios, sin ese carácter. Por otro lado, en las nuevas estructuras aprobadas y en trámite de aprobación, existen cargos vacantes cuya cobertura resulta de imprescindible necesidad, para cumplir con las misiones y funciones específicas de cada área. Resulta de todo punto de vista equitativo y ajustado a un estricto

DANIEL
HUGO
D'ANTONIO

DANIEL HUGO D'ANTONIO

DERECHO DE MENORES

SEGUNDA EDICIÓN

AMPLIADA Y ACTUALIZADA

- * Protección jurídica del menor
- * Capacidad. Régimen penal. Análisis de la ley 22.278
- * Patria potestad. Adopción. Tutela
- * Matrimonio de menores
- * Tribunal de Menores. Ministerio de Menores
- * El Patronato del Estado
- * Organismos administrativos
- * Policías del menor
- * Técnicas y tratamientos de protección

RENTA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
Santa Fe y Argentina

DERECHO DE MENORES



 **RUBINZAL-CULZONI**
EDITORES

DANIEL HUGO D'ANTONIO

Vocal de la Cámara en lo Civil y Comercial de Paraná. Profesor de Derecho Civil V, Familia, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Profesor de Derecho Privado I en la Escuela Universitaria de Ciencias Económicas de la Universidad de Entre Ríos.

DERECHO DE MENORES

SEGUNDA EDICIÓN

AMPLIADA Y ACTUALIZADA

RUBINZAL Y CULZONI S. C. C.

Editores

9 de Julio 3573 - Santa Fe

legislación proteccional, sirvió para revelar la especificidad de todo lo que concierne al menor y las particularidades que rodean a su persona, todo lo cual hace necesaria su debida comprensión.

Por nuestra parte hemos insistido en la consideración de aspectos de la problemática minoril y de las instituciones que a ella se refieren. Es entonces esta segunda edición de Derecho de Menores oportunidad propicia para ensamblar ideas expuestas con posterioridad a 1973, por lo cual se hizo necesario agregar materias y contenidos, como así también extender la consideración de los diversos puntos tratados, en miras a clarificar y completar las respectivas ideas.

En todo momento dejamos precisada la necesidad de que cada institución del Derecho de Menores sea desarrollada en profundidad en forma independiente, pues esta obra sólo procura destacar los aspectos fundamentales de la protección jurídica al menor. Por nuestro lado así hemos procurado hacerlo en relación con la patria potestad ⁽²⁾ y con la problemática del menor ante al delito ⁽³⁾.

Es esta nueva edición, así lo entendemos, un modesto elemento que se suma a la tarea de protección integral a la minoridad. La protección jurídica al menor constituye, en efecto, un capítulo de la protección general al menor.

Dicha protección jurídica se inició en el instante mismo en que el menor se desprendió del Derecho Penal para iniciar un largo camino en cuya meta se encuentra el Derecho de Menores como disciplina desarrollada y autónoma.

SECCIÓN PRIMERA

EL DERECHO DE MENORES Y LA PROTECCION JURIDICA A LA MINORIDAD

⁽²⁾ D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Patria Potestad*, Buenos Aires, 1979.

⁽³⁾ D'ANTONIO, Daniel Hugo, *El menor ante el Delito*, Buenos Aires, 1978.

CAPÍTULO I

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

1. FUNDAMENTOS DE LA PROTECCION JURIDICA DEL MENOR

El derecho tiene en la persona a su protagonista esencial y pretende regular el ordenamiento social con la finalidad de procurar al ser humano la plena satisfacción de sus metas terrenas.

Pero el sujeto del derecho evidencia particularidades que no pueden dejar de ser advertidas y entre ellas se destaca en primer lugar que su total cristalización como persona, es decir su desarrollo integral en los aspectos biológicos, psíquicos y socioculturales, demora marcadamente. Tal desarrollo insume, en efecto, un prolongado lapso de la vida humana, dando lugar a una esencial diferenciación entre las normas dirigidas a la persona en proceso de evolución y las que se refieren al sujeto que ya ha arribado a la edad en que la propia ley presume completado su desarrollo.

Tenemos entonces que la realidad social que el derecho procura regular evidencia una división liminar según el grado evolutivo del sujeto al cual se dirige. Y esta división ha adquirido mayor trascendencia a medida que fueron quedando desvanecidas otras distinciones, tales como las referidas a los estados de libertad o esclavitud; ciudadanía o extranjería, o la vinculada con la diversidad de sexos, traducida en la evolución de la situación jurídica de la mujer

hasta el advenimiento de la actual etapa de plena equiparación con el hombre.

Puede válidamente sostenerse que con la gradual desaparición de estas últimas diferenciaciones basadas en inaceptables fundamentos referidos a condiciones o matices personales, se han acentuado los límites vinculados con la pertenencia a sectores donde la edad determina un tratamiento distinto, signado por el reconocimiento cada vez mayor de que en lo concerniente a la menor edad la norma debe encontrarse impregnada por una orientación jurídica general de índole pedagógica-tutelar.

Es así como, según lo veremos más adelante, se concreta una disciplina jurídica específica. Ella se sustenta en los caracteres propios del sujeto al cual se encuentra dirigida —precisado de resguardo por su propia condición— y conforma de manera esencial la protección jurídica de la minoridad.

2. LA PROTECCION JURIDICA COMO PARTE DE LA PROTECCION GENERAL A LA MINORIDAD

Pero debe advertirse que esta protección jurídica al menor es sólo un aspecto del vasto y complejo campo de la protección integral de la minoridad, que Landó precisó como una actividad comunitaria que tiene por objeto la incorporación del menor al medio social en que ha de tocarle actuar como un factor positivo de su desenvolvimiento, encontrando por la formación recibida la posibilidad de alcanzar su perfeccionamiento espiritual y el progreso de su situación material⁽¹⁾.

Bajo esta perspectiva reconocemos la necesidad de una tarea general destinada a la protección del menor, de la cual la protección jurídica constituye sólo una parcela —aun

(1) LANDÓ, Juan Carlos, *Protección al menor*, Buenos Aires, 1957, p. 51.

cuando de gran trascendencia— y que, tal como ocurre con la protección general, es sólo recientemente advertida en sus verdaderos alcances.

3. EL DERECHO DE MENORES

a) *Resistencia y reconocimiento de la doctrina respecto de la autonomía del Derecho de Menores.*

Actualmente el panorama jurídico correspondiente al sujeto del derecho aparece dividido, según observáramos en el punto primero, en los grandes sectores comprensivos de los menores y de los mayores de edad.

Otras diferenciaciones que se vinculan con incapacidades derivadas de la falta de salud mental o con deficiencias que determinan la inhabilitación, como así las que persisten en relación con la mujer para reconocerle ciertas prerrogativas fundadas en su condición de generadora de vida o en sus menores posibilidades para afrontar las contingencias sociales (tenencia de hijos; derecho hereditario de la nuerca; beneficios previsionales, etc.), pierden significación cuando se las compara con aquella sectorización según la edad.

Es que el sector de minoridad muestra no sólo gran significación numérica —baste al respecto señalar que la población minoril de Latinoamérica se calculó en un 42% de menores de 15 años para 1972 y que en 1975 se estimó sobre una población de 316 millones que 195, es decir el 61,6% lo constituían menores de 24 años⁽²⁾— sino que igualmente evidencia una acrecentada gama de relaciones jurídicas donde participa el menor, requerido por las características de la estructura social contemporánea.

Y tratándose de personas en formación, con desarrollo físico e intelectual incompleto, es de rigor que el ordena-

(2) Datos según Boletín N° 185 del Instituto Interamericano del Niño, de junio de 1973, p. 147.

miento jurídico contemple de manera especial la regulación que les corresponde. Se dan como consecuencia normas e instituciones jurídicas que tienen al menor como sujeto esencial y que, atento a la finalidad que persiguen, aparecen dotadas de peculiaridades distintivas.

Las circunstancias aludidas dan lugar así al nacimiento de una rama del derecho, cuyo reconocimiento en el ámbito jurídico es resistido con vehemencia. La advertencia de que esta nueva disciplina sustrae a las respectivas ramas jurídicas todo aquello que concierne a los intereses personales y patrimoniales del menor determina una reacción por quienes se han especializado en cada una de ellas, a punto tal que se ha afirmado que quienes participan de esta nueva orientación jurídica han perdido el rumbo y conducido a horizontes insospechados, con claudicación del derecho ⁽³⁾.

Es en el ámbito del Derecho Penal donde se advierte con prontitud la existencia de instituciones desvinculadas del acento represivo y con manifiestas connotaciones protectoras, propias de una disciplina que poco tiene de común con la ciencia penal. Es así como Chazal sostiene la existencia de un Derecho de la Infancia ⁽⁴⁾ y en nuestro país José Severo Caballero afirma que existe "un verdadero derecho tutelar de la minoridad, el cual es sólo parte de una protección aun mayor que se extiende a la prevención general y asistencia que los niños requieren como miembros de la comunidad" ⁽⁵⁾.

En Alemania Maurach reconoce un derecho de menores y expresa que es primariamente derecho de educación de menores, desarrollando su idea en el sentido de que no por ello debe desentenderse de la pena como retribución ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ ARGIBAY MOLINA, J. F.; DAMIANOVICH, L.; MORAS MON, J. R.; VERGARA, E., *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1972, T. II, p. 132.

⁽⁴⁾ CHAZAL, Jean, *La Infancia Delincuente*, Buenos Aires, 1967, p. 103.

⁽⁵⁾ CABALLERO, José Severo, *Regulación de la tutela y de la represión de los menores delincuentes en la República Argentina*, Buenos Aires, 1963, p. 22.

⁽⁶⁾ MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, tomo II, páginas 590/591.

El desprendimiento del menor respecto del Derecho Penal, que fue lo que primeramente evidencia la existencia de nuestra nueva disciplina y que en la etapa actual de desarrollo del Derecho de Menores aparece como definitiva e irreversible, reconoce antecedentes en las obras de Dorado Montero, de Garçon y de Garraud, quienes postularon en el sentido de que el niño ha salido del Derecho Penal. Igualmente Mezger hizo referencia a un Derecho Penal de los jóvenes, expresando que en él es perceptible un desplazamiento de la idea general preventiva hacia el lado de la prevención especial ⁽⁷⁾.

Pero no ha de creerse que el ámbito del Derecho de Menores se circunscribe a lo concerniente con el menor que ha incurrido en una conducta desviada de naturaleza delictiva según la tipificación legal. El Derecho de Menores abarca todo el espectro de las regulaciones jurídicas vinculadas con el menor y, aun, las concernientes a la persona por nacer.

Comprende así y muy especialmente elementos e instituciones tradicionalmente incluidas en la parte general del Derecho Civil, en el Derecho de Familia y en otras ramas en las cuales se hace particular tratamiento de cuestiones referentes a los intereses personales y patrimoniales del menor.

Es así como para Cillanueva Magdalena el Derecho de Menores es una rama del derecho de carácter singular que regula la protección integral de los menores en general ⁽⁸⁾. Mendizábal Oses, en tanto, lo define como aquel derecho enraizado en la propia naturaleza humana y consecuencia inmediata de la inmadurez que condiciona el proceso evolutivo y la personalidad individual. Expresa seguidamente dicho autor que es un Derecho singular, eminentemente

⁽⁷⁾ MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1935, T. II, p. 378.

⁽⁸⁾ CILLANUEVA MAGDALENA, Roberto, *La tutela moral, en Infancia abandonada y adopción*, Documentación Social, año 1971, n° 3, Madrid, 1973, p. 21.

tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social (⁹).

Este Derecho de Menores evidencia como nota caracterizante el que sus normas se dirigen al menor como sujeto único y lo hacen con la finalidad específica de tutelarlos o resguardarlo conforme a su propia y esencial condición.

Es tal orientación de protección la que determinó que fuera en materia penal donde se sostuviera primeramente la imposibilidad de equiparar al menor con el sujeto típico de la norma penal. Ello sirvió sin dudas para una advertencia general en el campo de lo jurídico acerca de las particularidades propias de las normas referidas a la minoridad.

El Derecho de Menores, entonces, presenta ahora una autonomía científica innegable y posee, incluso, una parte general e introductiva de la normatización especial que contempla al menor en sus distintas vinculaciones jurídicas.

b) *La teoría general del Derecho de Menores.*

El Derecho de Menores no resulta de una mera compilación de normas provenientes de distintos ámbitos jurídicos. Afirma en tal sentido Mendizábal Oses que este derecho no puede identificarse con la legalidad vigente que es, a este respecto, producto de una residual concepción pragmática y oportunista que hoy carece de justificación. El Derecho de Menores, agrega, debe estructurarse como un todo orgánico, en el que garantizado el bien común y la paz social, prevalezca el carácter social y tuitivo en todas y en cada una de sus instituciones (¹⁰).

(⁹) MENDIZÁBAL OSES, LUIS, *Derecho de Menores - Teoría General*, Madrid, 1977, p. 61.

(¹⁰) MENDIZÁBAL OSES, L., *ob. cit.*, p. 63.

Baste al respecto considerar las distintas partes que, de acuerdo al mencionado autor, conforman la elaboración científica del Derecho de Menores (¹¹), quedando así advertida la magnitud y la trascendencia de la tarea a cumplir para un desarrollo integral de esta nueva disciplina jurídica.

El Derecho de Menores estructura su objeto de conocimiento en base a la figura peculiarísima del sujeto de tal derecho, y recepta todo elemento jurídico o institución que se dirija al mismo afectando su persona o sus intereses.

En la normatización positiva actual, no desarrollada aún de manera sistemática la nueva rama jurídica, es frecuente encontrar leyes que parecen responder cabalmente a los principios generales en que se sustenta el Derecho de Menores. Tales leyes no sólo tienen como sujeto esencial al menor, sino que igualmente evidencian los caracteres tuitivos y educacionales que orientan típicamente a aquel derecho.

No debe extrañar que ello acontezca pues el pensamiento jurídico contemporáneo muestra un decidido avance de la posición ius-filosófica integral, que concibe al derecho como un ordenamiento de lo social efectuado con justicia suficiente como para que el hombre acceda a las metas terrenas (¹²) y que trasladado a la problemática minoril hace que las normas a ella vinculadas adquieran las connotaciones propias del Derecho de Menores.

4. AUTONOMIA CIENTIFICA Y AUTONOMIA PROCESAL DEL DERECHO DE MENORES

La presencia de un ordenamiento ritual, adjetivo o procesal presupone la existencia de una disciplina jurídica autónoma a la cual aquél se refiere a los fines realizadores.

Bajo este aspecto el Derecho de Menores encuentra una autonomía reconocida por vía refleja, en tanto resulta in-

(¹¹) MENDIZÁBAL OSES, L., *ob. cit.*, págs. 63/64.

(¹²) A esa nueva orientación de la perspectiva jurídica hacemos referencia en la *Nota Preliminar* de este libro.

discutible la existencia mundialmente difundida de organismos jurisdiccionales especializados en minoridad que actúan conforme a un procedimiento específico y diferenciado del procedimiento común.

La implementación de los Tribunales de Menores constituye una evolución gradual e irreversible⁽¹³⁾ y, aun cuando es frecuente encontrar referencias a una especie de contraposición entre estos tribunales y los Tribunales de Familia, es lo cierto que estos últimos adquieren justificación en tanto el grupo familiar se ha conformado. Y ello resulta de la presencia de los hijos, pues en nuestro concepto recién entonces se constituye la familia institucional⁽¹⁴⁾.

De tal forma, la competencia que se atribuya a un Tribunal de Familia —como así también las pautas de actuación que observará— ha de comprender las mismas materias que ocupan al Tribunal de Menores.

El Tribunal de Menores, por otra parte, no se circunscribe tan sólo a las cuestiones vinculadas con el menor en estado de abandono. Su competencia comprende todas las situaciones en que un menor de edad aparezca comprometido en su persona o intereses, y es allí donde habrá de actuar primordialmente en función de la familia.

En efecto, siendo la familia el marco socio-cultural de pertenencia primaria, natural e insustituible a los fines de la protección integral del menor, el Tribunal de Menores como órgano de la protección actuará siempre en función de una familia existente (integrada, desestabilizada o conflictiva) o en función de una familia inexistente o disociada.

Cuando el organismo jurisdiccional especializado en minoridad entiende respecto de un matrimonio en proceso de divorcio, lo hace en razón de que la presencia de hijos

(13) D'ANTONIO, D. H., *El menor ante el delito*, p. 137.

(14) D'ANTONIO, D. H., *Concepto y naturaleza jurídica de la familia*, *El Derecho*, T. 31, p. 1106.

ha determinado la existencia de una familia (cfr. Cap. XI, § 79). Hace, en consecuencia, a la protección del menor que el Tribunal se ocupe del grupo de pertenencia del hijo y es en miras de tal protección que se habrá de intervenir en los aspectos concernientes al matrimonio y a la familia en sí misma.

En suma, las diferencias que puedan apuntarse como existentes entre Tribunales de Menores y Tribunales de Familia son, a nuestro entender, meramente aparentes. En todos los casos la intervención de índole tutelar y educativa se dirige primordialmente a salvaguardar los intereses del menor, y en el caso de la familia tal intervención abarcará a los componentes del núcleo, mas siempre en función de la protección del hijo.

La competencia que en nuestro criterio corresponde al Tribunal de Menores comprende, por cierto, todas las cuestiones vinculadas con el menor y las instituciones de familia que a él conciernen (divorcio con hijos menores, etapas conciliatorias previas, adopción, tutela, alimentos, regímenes de visita, etc.), sin que por ello pierda dicho Tribunal su especialidad. Antes bien, con tales alcances en su esfera de conocimiento adquiere la verdadera dimensión de un Tribunal de Menores.

Resaltamos, en consecuencia, la existencia de un procedimiento específico para la minoridad, con principios y regulaciones propios y diferentes del procedimiento común. Esta realidad jurídico-procesal explica, por sí sola, la efectiva autonomía del Derecho de Menores, en tanto la autonomía procesal presupone la identidad e independencia de la respectiva rama jurídica a la cual las normas procesales se refieren⁽¹⁵⁾.

(15) D'ANTONIO, D. H., *La autonomía procesal del Derecho de Menores*, *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, Nº 7.

5. CODIGOS O ESTATUTOS DE LA MINORIDAD

El Derecho tiende, en general, a ser recopilado en cuerpos legales que se conocen con el nombre de códigos. Existen, a modo de ejemplo, los códigos Civil, Penal, de Comercio, de Minería que, en nuestro país, poseen vigencia en todo el ámbito nacional y han sido dictados de conformidad a la facultad concedida al Congreso por el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional.

En virtud de haber adoptado nuestro país la forma de gobierno representativa, republicana y federal, en lo que cada provincia no ha delegado no puede el Estado nacional proveer, encontrándose en esta situación la codificación de las disposiciones legales sobre minoridad las cuales, en consecuencia, sólo pueden ser compendiadas a nivel local y en materia que no avance sobre aspectos vinculados con los poderes concedidos a la Nación.

Por tal razón resulta insusceptible de dictarse, en la República Argentina, un Código o Estatuto del Menor con vigencia en todo el ámbito nacional del modo que ello ha ocurrido, por ejemplo, en la República Oriental del Uruguay, con su famoso Código del Niño producto de la creación, en 1933, del Ministerio de Protección a la Infancia; o en Venezuela, con su Código de Menores de 1939, reemplazado por el Estatuto del Menor de 1949 y con los alcances que debe poseer un cuerpo normativo de este tipo, es decir, comprendiendo toda norma legal de índole civil, penal, comercial, laboral, de previsión social, etc., que tenga por objeto el menor en sus intereses personales o patrimoniales, desde su concepción en el seno materno hasta la superación de su incapacidad biopsicosocial por la mayoría de edad o emancipación por matrimonio.

En nuestro país, no obstante, han sido numerosos los proyectos de Códigos del niño, encontrándose los de Gache y Bullrich (año 1916); del diputado Bard (1925); del diputado Pinto, en igual año; el de los diputados Loyarte y

González, en 1932; el anteproyecto del Dr. Coll, de 1933; el proyecto del senador Castillo, en el mismo año; el proyecto del diputado Mouché, en 1937 y el del diputado Cabral en 1941⁽¹⁶⁾. Una regulación como la señalada vendría a superar la actual dispersión de normas, facilitando su aplicación y conocimiento, al par que se constituiría en la culminación de la ya innegable autonomía del Derecho de Menores.

Siendo imposible su dictado con alcances generales, las provincias se han dado cuerpos legales que, dentro de sus facultades, procuran satisfacer en el ámbito local la necesidad de codificar la legislación sobre minoridad.

La provincia de San Juan dictó en el año 1947 la ley 1156 que crea los tribunales de menores y sanciona las contravenciones contra menores de edad; Santa Fe se da, en 1949, su Código de Defensa del Niño, luego de haber organizado su jurisdicción de menores; Buenos Aires se otorga, en 1961, un dispositivo de protección al menor por faltas cometidas en su perjuicio, organizando asimismo, el organismo ejecutivo de protección (ley 6661), y ya en 1937 había concretado sus tribunales de menores; Corrientes, en 1965, dicta el Código del Menor; Córdoba, en 1966, sanciona su Estatuto de la Minoridad, y Entre Ríos, en 1971, proyecta un Código de Defensa del Niño. De tal forma las provincias suplen la inexistencia del cuerpo normativo general y concretan sus disposiciones protectoras de la minoridad en la esfera que les es propia.

Consignemos igualmente que a poco de iniciarse el último período legislativo nacional el Diputado por el radicalismo Dr. Antonio Tróccoli presentó un Proyecto de Resolución ante la Cámara respectiva por el cual se creaba una Comisión Especial redactora del Código del Niño⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Ver: *Código del niño (un gran proyecto)*, de Angel Ossorio, en La Ley, t. 24, p. 118.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 13 de junio de 1973.

X Contemplábase en dicho Proyecto que la Comisión debía tener presente la Declaración de los Derechos del Niño dictada en 1959 por la Asamblea de las Naciones Unidas, así como los antecedentes extranjeros, en especial latino-americanos, proyectos y legislación vigente argentinos y conclusiones de congresos internacionales (art. 3°).

Específicamente el Proyecto debía comprender los siguientes institutos: Consejo Nacional del Menor; consejos locales a nivel provincial, municipal y zonal o barrial; justicia del menor, con tribunales colegiados de instancia única; su organización, competencia y procedimiento; ministerio público del menor; régimen penal de los menores de hasta 18 años; régimen para el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; régimen de protección para los menores abandonados, huérfanos y extramatrimoniales; régimen para los menores con problemas de conducta e insuficientes mentales; régimen para los menores lisiados; régimen de trabajo para los menores de 18 años; protección en casos de accidentes del niño; protección intelectual y moral del niño; patria potestad, tutela, colocación familiar; legitimación, investigación de la paternidad; de los alimentos y pensiones alimentarias; la adopción de menores; régimen de protección prenatal y atención de la madre soltera (art. 4°).

En el informe respectivo expresaba el legislador citado que la legislación de los países socialmente más avanzados incluye la codificación de todos los aspectos jurídicos vinculados al menor, teniendo presente que el niño es "sujeto de derechos" y, por lo tanto, protagonista principal en esta etapa que ya fue calificada como el "siglo del niño".

Sin perjuicio de reiterar las dificultades propias derivadas de nuestra organización federal y advirtiendo que ellas pueden resolverse en gran medida con la adhesión de las Provincias al régimen que se establezca en el orden nacional, es de destacar el valor que posee este Proyecto

dentro de los esfuerzos realizados en miras a una efectiva protección jurídica de la minoridad.

La amplitud de su contenido habría permitido, con la participación de los integrantes de la Comisión y el asesoramiento de especialistas, que se contemplaba expresamente (art. 2°), dotar al Derecho de Menores de su herramienta más apta para el logro de las finalidades reconocidas a esta disciplina.

Finalmente expresemos que en Francia, de manera parcial y referido solamente al menor abandonado, encontramos lo que los Mazeaud denominan "estatuto jurídico de la infancia desvalida", como integrante de lo que titulan *Protección social de la infancia*, estatuto que forma parte de la codificación de los textos legislativos concernientes a la familia y a la ayuda social, dispuesta por decreto 149, del 24 de enero de 1956. Los juristas mencionados se pronuncian decididamente en favor de la Codificación y expresan que sería de desear que todos los textos dispersos fueran agrupados y refundidos en un verdadero Código de la Infancia ⁽¹⁸⁾.

6. PROTECCION JURIDICA, DERECHO DE MENORES Y POLITICA SOBRE MINORIDAD

La protección jurídica del menor, según hemos expresado, es parte integrante de la protección general a la minoridad. Y ésta constituye una manifestación del accionar político general a cargo del Estado, por lo cual las vinculaciones entre el Derecho de Menores y esta Política sobre minoridad resultan notorias.

⁽¹⁸⁾ MAZEAUD, Henri, Leon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1959, T. IV, p. 126.

A su vez, el Estado participa como protagonista específico en diversas instituciones del Derecho de Menores, ocurriendo así v.gr. con el Patronato —organizado y delimitado por leyes pertenecientes a la nueva disciplina—, con la tutela oficial, etcétera, correspondiéndole igualmente la relevante tarea de índole técnico-administrativa, cumplimentada por los organismos ejecutivos de protección a la minoridad, cuya implementación, funcionamiento y coordinación con los restantes organismos pertenecen a la normatización de índole administrativa del Derecho de Menores.

Las tareas concernientes a la política sobre minoridad y la propia organización de ésta se encuentran estrechamente vinculadas con la política familiar a cargo del Estado.

La protección del grupo familiar, jerarquizada en derecho público a través de normas de carácter constitucional, importa al unísono una manifestación de protección a la minoridad.

Y dentro de la política sobre minoridad se encuentra el trascendente capítulo vinculado con la prevención. Al respecto hemos señalado oportunamente que la prevención del accionar juvenil desviado —extensivo al menor abandonado en general— aparece como el primer planteamiento que cabe formularse en una política sobre minoridad con caracteres integrales, y que tal accionar preventivo en su programación comprende correlativamente los objetivos que se pretenden alcanzar, la especificación y delimitación de las esferas de actuación de los organismos y servicios adscriptos a la planificación y los métodos que habrán de utilizarse en el desarrollo del programa ⁽¹⁹⁾.

Sostiene María Josefa Méndez Costa al referirse a los aspectos de la política familiar que ella se concreta, entre otras

(19) D'ANTONIO, D. H. *El menor ante el delito*, p. 160.

finalidades, con la legislación sobre protección del incapaz que carece de familia ⁽²⁰⁾, lo cual nos está señalando la vastedad y complejidad de la tarea que incumbe al Estado pero, a su vez, poniendo de manifiesto el enorme vacío dejado por el indebido cumplimiento de tal función.

(20) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Sobre la intervención Judicial en cuestiones de familia*, La Ley, T. 1976 - B - p. 215.

la crisis de la familia aumenta la necesidad,
de la ley E. Cristóbal...

CAPÍTULO II

EL SUJETO DEL DERECHO DE MENORES

7. EL SUJETO DE LA PROTECCION JURIDICA A LA MINORIDAD

Pareciera estar sobreentendido que la protección integral de la minoridad y su especie, la protección jurídica, tienen como sujeto esencial y exclusivo al menor de edad.

Pero a esta afirmación, obviamente válida, cabe efectuarle algunas consideraciones que se corresponden con los alcances propios de la orientación que posee la protección a la minoridad, en su amplitud tutelar y pedagógica.

Señalemos, en primer lugar, que la protección jurídica se extiende al momento de la concepción de la persona e incluye, por tanto, a la persona por nacer. Concuerda así la fundamentación del Derecho de Menores con la posición de la ley argentina en el sentido de considerar sujeto de derecho a la persona por nacer (arts. 63, 70 y 74 del Cód. Civil), rigiendo respecto del *nasciturus* las instituciones de protección que el propio Código determina para el menor de edad (arts. 64; 54, inc. 1º; 57, inc. 1º en lo que atañe a la representación), incluida la patria potestad que en nuestro ordenamiento comienza ya desde la concepción del hijo (art. 264 Cód. Civil), siendo ejercida en tal caso no sólo a través de la representación sino incluyendo otros

derechos-deberes, tales como el usufructo y la administración de bienes (').

Un segundo aspecto a señalar sobre este tema lo constituye la circunstancia, ya apuntada al tratar de la competencia del organismo jurisdiccional especializado, de que el Derecho de Menores comprende todo el espectro minoril y no se limita al menor carenciado o en estado de abandono. Aun cuando sus normas e instituciones se dirijan tomando en especial consideración a este menor, por cuanto requiere de una mayor protección y de la aplicación de medidas tutelares específicas, el sujeto del Derecho de Menores está constituido por todo menor no emancipado legalmente, incluso excepcionalmente y en ciertos aspectos, su campo de acción se extiende abarcando también a los menores emancipados (art. 9º ley 22.278), intervención que hemos justificado, fundados en las razones que la asisten (2) y que se hacen igualmente aplicables en los supuestos de menores emancipados por habilitación de edad (3).

8. EL ESTADO DE MINORIDAD

Se sostiene actualmente en doctrina que el estado, como atributo de la persona natural, ha quedado reducido al estado de familia. En tal sentido señala Orgaz que modernamente "estado", "estado civil" y "estado de familia" son sinónimos (4), mientras Llambías afirma que el estado, en su significación moderna, es un modo de ser de la persona con relación a la familia (5).

(1) D'ANTONIO, D. H., *Patria Potestad*, págs. 54/55.

(2) D'ANTONIO, D. H., *El menor ante el Delito*, p. 146.

(3) D'ANTONIO, D. H., *El menor ante el Delito*, p. 147.

(4) ORGAZ, Alfredo, *Personas Individuales*, Buenos Aires, 1946, p. 213.

(5) LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, 1967, T. I, p. 328.

Pese a estas autorizadas opiniones apreciamos que la menor edad, en tanto se proyecta decididamente sobre la capacidad y respecto de otras calidades de la persona con trascendencia innegable en las regulaciones del derecho privado y del derecho público, permite afirmar la existencia de un verdadero estado de minoridad, elemento jurídico que hace distinguible a la persona dentro del marco social al cual pertenece.

Siendo que estado y capacidad no son conceptos identificables y constituyen atributos independientes de la persona como sujeto de derecho, cabe tener presente que la minoridad influye sobre ella no sólo en lo que atañe a la capacidad.

Los elementos e instituciones de protección jurídica al menor tienen por fundamento su condición esencial de ser en formación, cuyo incompleto desarrollo requiere del resguardo por parte de los responsables directos o a través de la intervención concurrente o supletoria de los respectivos organismos. La disciplina jurídica autónoma que tiene como sujeto al menor y en la que rigen tales elementos e instituciones de protección toman al estado de minoridad como atributo diferenciador y caracterizante.

La posición que asumimos, según la cual se considera a la minoridad como estado específico, no es susceptible de merecer las críticas que se han formulado a las concepciones amplias en materia de estado. Estas contemplan sólo aspectos parciales de la situación de la persona y consideran estado lo que no es sino mera cualidad individual (6), mientras que la minoridad se proyecta incidiendo en la personalidad toda del sujeto y determina que, mientras se mantenga, el tratamiento jurídico que le corresponde difiere absolutamente del vinculado con los mayores de edad.

(6) Ver sobre el tema ORGAZ, A., *Personas Individuales*, p. 210.

9. GRADACIONES LEGALES DE LA CONDICION DE MENOR

a) Posición del Código Civil y crítica doctrinaria.

En Roma la división entre personas mayores y personas menores de edad mostró como peculiaridad que dentro de estas últimas se formularon categorías según el grado de desarrollo, estableciéndose las de infantes, menores impúberes y menores adultos. Ello, sin perjuicio de subdistinciones que, igualmente, se efectuaran como subcategorías o estados intermedios (7).

Tal posición legislativa influyó en el ordenamiento positivo de diversos países y, en lo que hace a nuestra legislación, Vélez Sársfield siguiendo a Freitas dividió el espectro minoril en las categorías de menores impúberes y menores adultos. Consagró el codificador en el art. 127 que son menores impúberes los que aún no tuvieran la edad de trece años cumplidos y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintidos años cumplidos (veintiún según la reforma de la ley 17.711), e hizo esta categorización a pesar de que en la nota al art. 921 Cód. Civil, luego de detallar las grandes épocas reconocidas en el Derecho Romano para la vida humana, sostuvo que el derecho moderno deberá emanciparse de estas antiguas clasificaciones, que no tienen un fundamento general.

La actual orientación legislativa, como así también la mayoría de la doctrina, se inclinan por no formular distinciones dentro del estado de minoridad y niegan consecuencias prácticas a las categorizaciones legales.

Sostiene en tal sentido Borda que es inexacto que los menores impúberes sean absolutamente incapaces, como lo

(7) Sobre las distintas categorías de la minoridad en Roma ver la nota de Vélez Sársfield al art. 921 del Código Civil, con relación a la comprensión de los actos.

consagra nuestro art. 54 inc. 2º Código Civil (8) y expresa Llamblas que no hay interés alguno en mantener esa sistematización según la cual se diferencian los menores en incapaces de hecho absolutos y relativos, ya que se está considerando a los incapaces en cuanto tales, es decir, en cuanto impedidos para la realización genérica de actos jurídicos, y a ese respecto los incapaces de una u otra categoría se encuentran en la misma situación (9).

Oportunamente este mismo autor había formulado una acertada reflexión acerca de la condición básica de incapacidad que corresponde a todo menor, criticando la redacción del art. 55 Cód. Civil. Con la reforma operada en la legislación civil de fondo en el año 1968 dicho artículo ha visto ajustado su contenido, pues se reconoce ahora que los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes autorizan a otorgar.

Destaquemos que el Proyecto de Código Civil de 1936, como así también el del año 1954, suprimieron toda diferenciación entre los menores, limitándose a consagrar como principio jurídico la incapacidad del menor de edad. Ello dio lugar en el primer caso a la crítica del propio Bibiloni (10), mencionada por Spota entre los antecedentes que cita al compartir este autor la tesis diferenciadora por categorías y señalar, con doctrina italiana, que las legislaciones que abandonaron las categorías distintivas de los menores han visto reaparecer las gradaciones cuando tratan de diversos actos que puede realizar el menor (11).

Según se advertirá con el posterior desarrollo de esta obra y al considerarse los distintos actos que el menor pue-

(8) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General*, Buenos Aires, 1961, T. I, págs. 363 y ss.

(9) LLAMBLAS, J. J., *ob. cit.*, t. I, p. 392.

(10) La supresión de categorías en el Proyecto de 1936, inspirada por Salvat y por Lafaille, fue criticada por BIBILONI en *Observaciones y Actas*, T. I, p. 151.

(11) SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1949, T. I, Vol. 3º, p. 129.

de realizar como excepciones a su situación básica de incapaz (v. Cap. III, § 17), la legislación ha ido reconociendo la importancia que adquieren ciertas edades —sobremanera la de los dieciocho años— como momento en el que al menor puede exceptuársele, ante casos concretos, la incapacidad que muestra por su propia condición.

b) *Irrelevancia jurídica de las categorías de menores. Excepciones a la condición básica de incapacidad.*

Ello nos está evidenciando cuál es el enfoque ajustado de la materia que nos ocupa. No se trata de crear categorías diferenciadoras dentro del marco de incapacidad del menor, sino de reconocerle en los distintos supuestos que pueden presentarse, excepciones a su básica condición de incapacidad. Tales excepciones derivarán de la naturaleza del acto y de las posibilidades de que el menor actúe por sí, sin menoscabo para sus intereses personales ni para su patrimonio.

Aún cuando tales actos sean importantes y numerosos, no por ello habrá de considerarse que en esas edades se ha alcanzado la madurez suficiente como para dar por culminado el estado de minoridad. Un ordenamiento legal que, como el recientemente aprobado en España, anticipe la mayoría de edad a los dieciocho años, dista de conformar una legislación protectora de la minoridad, pues ya hemos señalado con Maurach que media un progresivo reconocimiento por parte de la psicología juvenil de que el desarrollo espiritual-moral del hombre no concluye nunca a los dieciocho años de edad ⁽¹²⁾.

Estos "apresuramientos" legislativos conforman una peligrosa posición del derecho. Este debe reconocer excepciones a la incapacidad del menor cuando ello sea posible, pero debe evitar caer en generalizaciones que vayan en desmedro

⁽¹²⁾ D'ANTONIO, D. H., *El menor ante el delito*, p. 98.

del mismo sujeto del derecho, anticipándolo en su acceso a la condición de mayor de edad. Baste al respecto señalar que, con motivo de la disminución de la edad para arribar a la mayoría, en España, por real decreto-ley del 16 de noviembre de 1978, también se ha rebajado la edad para la emancipación por concesión familiar y judicial, que ha quedado fijada en los dieciseis años.

Estas diferenciaciones por categorías que legalmente se efectúan en la minoridad no poseen consecuencias prácticas. Pero lo que resulta más destacable es que sólo guardan relación con una de las instituciones de protección a la minoridad, la de la incapacidad, y limitándose al aspecto de las relaciones civiles del menor.

Resultando infructuoso pretender formular diferenciaciones tajantes en esta materia, sostiene Guastavino que la multiplicidad de situaciones y de actos a considerar y —asimismo— la existencia de medios de excepción para alterar los preceptos generales, ha demostrado la imposibilidad de crear a priori categorías de menores ⁽¹³⁾.

En consecuencia, más que atender a la distinción inoficiosa sobre si un menor pertenece a una u otra de las categorías legalmente establecidas, habrá que apreciar en el caso concreto y conforme a la naturaleza y a los alcances del acto respectivo, si se autoriza un apartamiento o excepción a la condición esencial de incapacidad en que se encuentran los menores de edad. Aceptada tal excepción, la ley determinará sus alcances, imponiendo o no la concurrencia asistencial del representante legal como intervención integradora para la concertación del acto.

Dentro de tales excepciones existen actos para los cuales el derecho encuentra suficientes determinadas edades. Pero los catorce o dieciocho años, no autorizan a efectuar

⁽¹³⁾ GUASTAVINO, Elías Pablo, *Situación jurídica de los menores en derecho privado*, Boletín del Instituto de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. N. del Litoral, n° 7, p. 200.

distinciones acerca de la incapacidad general del menor, como tampoco existen fundamentos para que antes de alcanzarse los catorce años, se lo fulmine legalmente estableciendo, como lo hace el art. 54, inc. 2º Código Civil, que se trata de un incapaz absoluto.

10. EL MENOR EN ESTADO DE ABANDONO

En este mismo Capítulo hemos advertido que el Derecho de Menores no limita su ámbito de comprensión a lo vinculado con el menor carenciado o en estado de abandono, sino que extiende su aplicación a todo el espectro de la minoridad (§ 7).

Mas si bien esta rama jurídica también comprende situaciones y aspectos donde se encuentra el menor dotado del resguardo esencial que otorga un núcleo familiar integrado o instituciones que le amparan material y espiritualmente, es en el ámbito del menor en estado de abandono donde las normas de esta nueva disciplina evidencian mayormente sus caracteres tutelares y adquieren su máxima trascendencia social.

Consideramos que el término abandono es comprensivo de varias situaciones de desprotección y puede decirse que define acabadamente el desamparo del niño, tanto cuando se encuentra materialmente en peligro como cuando su personalidad moral está siendo o ha sido objeto de actos que la conturban o desvían. Igualmente en estado de abandono se nos aparece el menor que actúa marginándose de las pautas sociales que les quieren ser impuestas, con lo cual tipificamos bajo el término los plurales estados en que peligra la normal conformación biopsicosocial del menor.

Ello nos permite propiciar una eventual constatación y declaración de dicho estado por el ente estatal dotado de jurisdicción —tribunal de menores—, sea de oficio o a pedido de los otros organismos de protección, lo cual conllevaría im-

portantes efectos ya que a partir de tal declaración se produciría una relación tutelar obligatoria entre el Estado y el menor, entrando éste bajo el amparo estatal hasta la superación del problema.

Extendemos, de tal modo, lo que propiciáramos como paso previo ineludible para el otorgamiento de la adopción plena ⁽¹⁴⁾ ampliando la declaración de abandono a todos los supuestos en que la intervención protectora estatal se torne ineludible.

En consecuencia, procuraremos enumerar cuáles son las situaciones en que se configura el estado de abandono:

- a) Menor no sujeto a patria potestad, tutela o guarda.
- b) Menor con representante legal o guardador que no cumple sus obligaciones de tenencia, educación o asistencia, o lo somete a malos tratos u otros actos que ponen en peligro su personalidad.
- c) Menor autor de hechos ilícitos o contravencionales que, por su naturaleza, indican una desviación de su conducta.
- d) Menor víctima de hechos ilícitos, contravencionales u otros actos de terceros que, por su naturaleza, indican que han influido en su formación.
- e) Menor de inconducta manifiesta.
- f) Menor que trabaja en actividad o en condiciones que ponen en peligro su personalidad.
- g) Menor cuyo grupo familiar se encuentra desestabilizado o en vías de disgregarse.

Cada una de estas situaciones importa un sinnúmero de posibles estados conflictuales o carenciales bastando señalar, a modo de ejemplo, que en el incumplimiento del deber

⁽¹⁴⁾ Ver D'ANTONIO, D. H., *Adopción plena y declaración judicial de abandono*, El Derecho, T. 34, p. 961.

paterno de asistencia caben múltiples hechos determinantes de carencias afectivas, o que en la conducta manifiesta encuadran los cada vez más frecuentes casos llamados de asociabilidad o rebeldía. Empero, intentamos delimitar el abandono, aun cuando reseñando situaciones comprensivas de varios aspectos igualmente individualizables.

Recordaremos que, en una acepción sumamente parcializada, el II Congreso Panamericano del Niño conceptuó que "repútase abandonado todo niño cuya subsistencia y educación no es atendible convenientemente por los padres por carencia de medios materiales, sea a causa del ambiente en que se desarrolla, sea por razón de la idiosincrasia del menor".

Y consignemos, para finalizar con este aspecto del tema, que la Ley de Patronato del Estado en materia de Menores pretende, infructuosamente, efectuar una determinación casuística en su art. 21.

11. LA DECLARACION JUDICIAL DEL ESTADO DE ABANDONO

Conforme a la importancia que reviste a los fines de determinar la procedencia de la actividad protectora el establecer la presencia del estado de abandono minoril y siendo este aspecto materia propia del organismo jurisdiccional especializado, sobre cuya organización y competencia nos detendremos más adelante (v. Capítulo VIII, § 55), mencionaremos ahora la posible implementación de tal declaración por el Tribunal de Menores.

El articulado respectivo entendemos podrá encontrarse así redactado:

"Art. ... Corresponderá al Juez de Menores declarar judicialmente en estado de abandono a todo menor que se encuentre en situación de desamparo material o moral o des-

protegido en condiciones tales que impidan o perturben su formación personal plena.

"La declaración judicial de abandono puede ser solicitada por cualquier interesado, por el Asesor de Menores o por la Dirección Provincial de Minoridad y será resuelta previa sumaria constatación a través de informes de los órganos ejecutivos de asistencia u otros medios de prueba.

"Esta declaración importa el desmembramiento de la patria potestad de los padres del menor, quienes quedarán privados de la tenencia. Igual resultado producirá respecto del tutor, del guardador o del mero tenedor del menor.

"Al declararse el estado de abandono el Juez de Menores determinará a qué persona u organismo le corresponde la tenencia del menor, pudiendo imponerles los deberes que estime correspondan a una mejor tarea de protección. Si la tenencia fuera otorgada a la Dirección Provincial de Minoridad este organismo podrá fijar el o los tratamientos protectores que considere correspondan, con comunicación al Juez de Menores.

"Los efectos de la declaración judicial de abandono sólo cesarán con la superación del estado que le dio origen, declarado por el Juez de Menores en resolución fundada. Se extinguirán con la emancipación legal o dativa del menor, autorizadas por el Juez de Menores.

"La declaración judicial de abandono podrá ser considerada como elemento de valoración a los fines de la adopción del menor".

Igualmente, persuadidos siempre de la trascendencia que importa la determinación del abandono, en el Apéndice de esta obra mencionamos las bases que estimamos deben ser consideradas para la declaración de dicho estado.

El presente es un documento de carácter confidencial y su contenido no debe ser divulgado a terceros. El presente documento es propiedad de la Secretaría de Educación Pública y su uso está limitado a fines académicos y de investigación. El presente documento es propiedad de la Secretaría de Educación Pública y su uso está limitado a fines académicos y de investigación.

El presente es un documento de carácter confidencial y su contenido no debe ser divulgado a terceros. El presente documento es propiedad de la Secretaría de Educación Pública y su uso está limitado a fines académicos y de investigación. El presente documento es propiedad de la Secretaría de Educación Pública y su uso está limitado a fines académicos y de investigación.

SECCIÓN SEGUNDA

ELEMENTOS E INSTITUCIONES DE LA PROTECCION JURIDICA A LA MINORIDAD

El presente es un documento de carácter confidencial y su contenido no debe ser divulgado a terceros. El presente documento es propiedad de la Secretaría de Educación Pública y su uso está limitado a fines académicos y de investigación. El presente documento es propiedad de la Secretaría de Educación Pública y su uso está limitado a fines académicos y de investigación.

CAPÍTULO III

INCAPACIDAD. REPRESENTACION. ASISTENCIA.

12. INTRODUCCION

En el ordenamiento legal positivo, evidenciando integrar el Derecho de Menores conforme a la presencia de las notas caracterizantes de sus normas, encuéntranse elementos o instituciones que conforman el basamento de la protección jurídica a la minoridad.

Dentro de estos elementos y de tales instituciones aparecen algunos directamente dirigidos a la persona del menor, mientras que otros sólo circunstancialmente se refieren al mismo, pero permiten —dada la finalidad última y los caracteres que evidencian— se las destaque como integrantes de la función jurídica proteccional.

Dejamos sentado que por elementos entendemos aquellas normas o disposiciones legales independientes o sólo relacionadas en forma indirecta con otras similares vinculadas, ellas sí de manera directa, con el menor. Por instituciones, en tanto, comprendemos con Guastavino a las constelaciones de normas de derecho organizadas sistemáticamente, orientadas por principios propios, y destinadas a establecer derechos y deberes en una determinada esfera de la vida social, con fines perfectamente preestablecidos y concientizados (¹).

(¹) GUASTAVINO, E. P., *Derecho de Familia Patrimonial. - Bien de Familia*, Buenos Aires, 1962, p. 36.

13. LA INCAPACIDAD

El campo referido a la persona como sujeto del derecho aparece dividido en dos grandes sectores. A cada uno de ellos pertenecen, respectivamente, los menores y los mayores de edad.

Otras distinciones que podrían efectuarse, v.gr. entre las personas plenamente capaces; los dementes y los inhabilitados, así como las vinculadas con las diferencias de sexo, pierden toda significación al comparárselas con la aludida división entre menores y mayores de edad, cuya trascendencia cuantitativa y en razón de las relaciones jurídicas a las que da lugar ya hemos mencionado en el Capítulo Primero (v. § 3,a).

El sector de minoridad, en tanto integrado por seres en formación y con desarrollo incompleto, da lugar a que el ordenamiento social justo lo contemple de manera especial. La regulación jurídica que le corresponde debe estar de acuerdo con la especificidad del sujeto al cual se dirige, en la especie contemplando fundamentalmente que no ha culminado su desarrollo.

De tal forma, el tema de la capacidad —y consiguientemente el de la incapacidad del menor— aparece como un elemento liminar en el ámbito de la protección jurídica del menor. Afirma en tal sentido Guastavino que desde el punto de vista privado, civil y comercial, la edad de las personas ha de considerarse para protegerlas en sí mismas y en sus bienes contra la inexperiencia o insuficiente discernimiento, y que para el derecho privado el incapaz por minoridad es, esencialmente, un ser necesitado de protección, cumpliéndose la función protectora en este ámbito mediante las incapacidades por minoría de edad, el régimen de nulidades de los actos otorgados en violación de la ley, las medidas de asistencia y representación necesaria, el otorgamiento —a veces— de ventajas jurídicas especiales, y la regulación de las

instituciones de patria potestad, tutela, curatela y patronato estatal ⁽²⁾.

Adelantemos que en nuestra opinión la incapacidad como manera de concretar una función de protección a la minoridad no se reduce al ámbito del derecho privado. Nuestro concepto de la incapacidad la muestra como una típica institución del Derecho de Menores y la amplía para abarcar también aspectos tradicionalmente considerados de derecho público, según habrá de verse especialmente al tratar de la denominada inimputabilidad del menor.

Igualmente, comprendiendo la noción del sujeto del Derecho de Menores a la persona por nacer (ver Cap. Segundo, § 7), la incapacidad funciona tanto en relación con el menor de edad como respecto del ser concebido, que el Código Civil califica como incapacidad de hecho absoluta (art. 54, inc. 1º).

Mas, previamente a considerar el tema de la incapacidad como forma de protección jurídica a la minoridad, debemos efectuar una somera referencia sobre la capacidad y la diferencia existente entre ella y el discernimiento.

14. CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO

La capacidad constituye la aptitud legalmente reconocida al sujeto de la relación jurídica para que se constituya en titular de la misma o para ejercer por sí mismo los derechos propios. El discernimiento, en tanto, es la cualidad o facultad del sujeto por la cual reconoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto o lo conveniente de lo inconveniente.

(2) GUASTAVINO, E. P., *La situación jurídica de los menores...* cit., páginas 199-200.

La capacidad, a su vez, es aptitud que provee la ley y asunto que ella maneja y declara en función de los presupuestos de hecho que estima computables; el discernimiento es una aptitud que provee la naturaleza, limitándose a regir la ley las situaciones excepcionales de insuficiencia de tal aptitud natural. Así lo hace nuestro Código Civil en los arts. 921 y 1076 y pese a que para el discernimiento igualmente la ley gradúa en función de categorías abstractas, debe advertirse que el mismo es siempre tomado para imputar al sujeto responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de sus actos (³).

Una vez destacados estos presupuestos expresemos que la capacidad no resulta institución reservada a lo civil y que el discernimiento, vinculado al menor de edad, importa hacer referencia a un elemento natural del sujeto. Ambas instituciones pierden en el ámbito del Derecho de Menores los aspectos diferenciadores que hemos señalado y pasan a ser asimiladas por la siguiente premisa: el menor es un ser básicamente incapaz y su falta de capacidad se fundamenta en el insuficiente desarrollo de su posibilidad de comprensión.

Pero de todas maneras igualmente adquiere trascendencia la distinción por cuanto el menor incapaz puede, no obstante, ser responsabilizado por sus actos. Por los lícitos, en tanto se consideran legalmente efectuados con discernimiento desde los catorce años, y por los ilícitos en tanto se reputa suficiente la edad de los diez años (art. 921 Código Civil), mientras que la incapacidad penal no se corresponde, en las edades que la ley establece, con la aludida responsabilidad, que para las relaciones civiles se fija en los diez años, según se ha visto.

(³) Cfr. LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil - Parte General* cit., T. II, págs. 249 y ss. Para este autor el discernimiento es la versión jurídica de esa potencia del alma que los filósofos denominan "entendimiento" o "inteligencia" (loc. cit.).

15. INCAPACIDAD E INIMPUTABILIDAD

a) *La incapacidad del menor en relación a los ilícitos penales.*

Superada la posibilidad de que existan personas incapaces absolutas de derecho cabe sí hablar de incapacidades de derecho. Al hacerlo nos referimos a restricciones que pesan sobre el sujeto para ser titular de determinados derechos y en este aspecto, cabe resaltarlo, el estado de minoridad no incide por sí mismo, ya que las restricciones aludidas obedecen a fundamentos ajenos a la condición de menor o de mayor de edad.

Sí, en cambio, la capacidad del menor se ve afectada en lo que atañe al ejercicio de los derechos. Aquí la ley responde a la propia condición de persona no desarrollada en plenitud, determinando con la consagración de la respectiva incapacidad una institución de protección jurídica, tendiente a resguardar los intereses del menor como titular de los derechos, evitando que su propia inmadurez pueda hacerlo consumir actos en su perjuicio.

Esto que aparecería en consecuencia como un cercenamiento o menoscabo a la personalidad es, por lo contrario, un eficaz elemento de resguardo del menor como sujeto del derecho y conforma una típica institución del Derecho de Menores.

De las gradaciones legales que en la minoridad efectúa la legislación civil, y a las que hemos hecho referencia en el Capítulo Segundo, § 9, resultan en directa vinculación las instituciones de protección jurídica de la representación y la asistencia. Igualmente, por comprender a ambas instituciones, se vinculan con la incapacidad de hecho el ejercicio de la patria potestad, la adopción y la tutela.

El Código Civil, en este aspecto de la protección del menor derivado de la consagración legal de su incapacidad, sienta como principio rector que los incapaces son protegi-

dos, pero al solo fin de suprimir los impedimentos derivados de su incapacidad (art. 58). Se reconoce así la necesidad de instrumentar la incapacidad como un factor de tutela, precisando que se orienta a estabilizar las respectivas situaciones, ubicando al incapaz en un plano de igualdad con la persona capaz a través del funcionamiento de instituciones de protección.

La incapacidad trasciende la órbita de las relaciones civiles. Siendo una institución del Derecho de Menores se dirige al sujeto del mismo y lo comprende en sus distintas vinculaciones jurídicas, apareciendo igualmente en el ámbito de contenido laboral, donde se resguarda al menor con normas específicas y típicas, de una finalidad tutelar y educativa, estableciéndose su incapacidad para la celebración del contrato de trabajo y el consiguiente desempeño de actividades laborales en distintas edades (arts. 34 y concordantes, ley 20.744).

La incapacidad se muestra presente de igual manera en las normas del Derecho de Menores de contenido administrativo, comercial, procesal y en distintas regulaciones jurídicas que tendremos oportunidad de avizorar con el desarrollo de las actividades jurídicas admitidas a los menores como excepciones a tal incapacidad.

Pero por su relevancia práctica y por su notable interés teórico hemos de detenernos en la incapacidad de índole penal, reiterando nuestro pensamiento vinculado con el punto de partida que ha representado la problemática minoril en materia penal para el desarrollo de la protección jurídica y del Derecho de Menores.

Sostiene Núñez que la condición de imputable resulta de la capacidad de actuar culpablemente⁽⁴⁾ y Jiménez de Asúa destacó oportunamente que la imputabilidad no es un elemento o característica de la culpabilidad, sino que

(4) NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1960, T. II, pág. 24.

asume el papel de presupuesto de ella y lo es precisamente por tratarse de un problema de capacidad⁽⁵⁾. Este concepto ya había sido expuesto por Von Hippel, quien sostuvo que si falta la imputabilidad, falta la culpabilidad y que aquélla exige la conciencia, la salud intelectual y la madurez de juicio⁽⁶⁾.

Descartada toda confusión entre capacidad y discernimiento (v. este Capítulo, § 12) y encontrándose la posibilidad de respuesta del menor sujeta, apareciendo como autor de un hecho delictivo, a la consagración de su capacidad por la norma respectiva, el problema se traslada al Derecho de Menores. En tal disciplina se elaborará todo lo concerniente a las consecuencias del acto partiendo del siguiente presupuesto: las nociones clásicas de imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad penal son absolutamente extrañas e inaplicables en el Derecho de Menores.

Ya en Alemania se produjo una reacción contra la denominada inimputabilidad del menor, comenzando a hablarse de exclusión de responsabilidad, máxime ante la advertencia de que la responsabilidad no determina siempre como consecuencia, la punibilidad⁽⁷⁾.

b) *La inimputabilidad en el derecho penal.*

En nuestro derecho penal, en tanto, las categorías de inimputables, imputables de sanción eventual y plenamente imputables fueron aceptadas en correlación con las distintas posibilidades que, según la edad, daban lugar a la aplicación de los preceptos contenidos en la ley 14.394 y en el Código Penal.

(5) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1976, T. V, p. 74.

(6) VON HIPPEL, Roberto, *Manuale di Diritto Penale*, Napoli, 1963, p. 183.

(7) MAURACH, Reinhart, citado por nosotros en nota *Imputabilidad y responsabilidad del menor de edad*, en *Zeus*, T. 8, D-19.

Mas advirtamos cómo para el menor que se denomina imputable de sanción eventual o alguna doctrina llama imputable relativo, la aplicación de pena no es consecuencia rigurosa de la acreditación de autoría. Ella queda supeditada a la respuesta que el menor otorgue al tratamiento tutelar en el período de observación (art. 4º ley 14.394). Igualmente, por la naturaleza del hecho o por el monto o especie de pena, la ley también considera inimputable al menor comprendido —en razón de la edad— en la segunda de las categorías (art. 3º ley 14.394).

Severo Caballero destaca esta última circunstancia y señala que no estamos en presencia de una imputabilidad relativa, sino simplemente de una renuncia por el Estado a la persecución de ciertos hechos definidos como delictivos, renuncia que no toma en cuenta la imputabilidad del menor como capacidad para ser autor de delito (º). En igual sentido se ha pronunciado la C. Nac. Crim. y Correcc. Cap., Sala 3ª expresando que existe en tales casos una imposibilidad legal de procesamiento del menor “por razones de política criminal” (º).

En nuestra opinión tales situaciones consideradas como renuncia estatal a la persecución delictiva o como aplicación de política criminal no son sino la consecuencia —y consiguiente reconocimiento— de la existencia de una materia específica y un ámbito propio y distinto del penal, donde debe ubicarse al menor. Resulta en consecuencia con palmaria evidencia de que al menor no pueden aplicársele instituciones provenientes de otras disciplinas, y ello aun cuando en las mismas —como ocurre en el Derecho Penal— se haya reconocido una orientación tutelar y la necesidad de un tratamiento distinto.

Expresa Jiménez de Asúa que el tema de la imputabilidad, por tratarse de la capacidad (de acción, de culpa, de

(º) SEVERO CABALLERO, J., *Regulación de la tutela...* cit., p. 120.

(º) Fallo registrado en *Jurisprudencia Argentina*, Nº 5117, del 26 de setiembre de 1979.

pena, etc. según los pareceres de los autores) no puede independizarse del sujeto; es decir, del estudio del sujeto activo del delito (1º).

Y conforme lo hemos afirmado oportunamente (v. Cap. Primero, § 3, a y 4), toda regulación jurídica que interese al menor y tenga a éste como sujeto corresponde al Derecho de Menores. En esta disciplina ya no cabe referirse a la imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad ni otros conceptos típicamente penales, sino que lo concerniente a las consecuencias de la conducta del menor que encuadre en una figura delictiva dependerá de la regulación de su capacidad por la norma específica.

En el Derecho de Menores las posibilidades de aplicación de medidas tutelares y reeducativas, incluidas aquellas que muestren aspectos de reproche, responderán al régimen establecido como excepción a la natural incapacidad del menor y a lo que mejor resulta para su protección integral.

Debemos tener presente como principio lo que ya sostuviéramos en el sentido de que pena y menor son términos absolutamente irreconciliables y que las motivaciones y finalidades vigentes en el ámbito del derecho penal común —con sus connotaciones de resarcimiento, venganza y enmienda— resultan totalmente extrañas en el campo del comportamiento juvenil desviado (11).

Calificamos de desajustadas aquellas opiniones que trasladan la problemática del menor cuya conducta desviada es aprehendida por una figura penal a la teoría de la pena y que, por consiguiente, encuentran que una ley típica del Derecho de Menores como la 14.394 es particularmente defectuosa, tanto en su técnica legislativa, como “en lo que atañe a la forma de legislar los respectivos institutos” (12).

(10) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *ob. cit.*, loc. cit.

(11) D'ANTONIO, D. H., *El menor ante el delito* cit., p. 93.

(12) ARGIBAY MOLINA, J. F.; DAMIANOVICH, L.; MORAS MON, J. R.; VERGARA, E., *ob. cit.*, T. II, p. 138.

Y, como consecuencia de lo expuesto, orillamos todo tratamiento de instituciones tales como la imputabilidad disminuida o la pena atenuada, que procuran traer un mayor grado de justeza en relación con aspectos vinculados con el sujeto del Derecho Penal.

Es que el menor de edad se ha desvinculado totalmente, y para siempre, de las instituciones penales e, incluso, criminológicas. Ello pese a que estas últimas han sido sumamente útiles para lograr la cabal comprensión de la realidad jurídica del menor que incurriera en una conducta que, para el sujeto del Derecho Penal, sería delictiva.

16. REGIMEN LEGAL VIGENTE

Rige, respecto de la situación del menor de edad que con su conducta tipifica un ilícito de los contemplados por la ley penal, la ley 22.278.

Esta ley consagra un sistema claramente sustentado en finalidades tutelares y reeducativas que permiten asimilarlo a la legislación de protección a la minoridad.

Oportunamente hemos sostenido que como consecuencia de la modificación de las escalas y la reducción de las edades vinculadas a lo que se denomina imputabilidad, han quedado sometidos a la condición de menores imputables quienes, por su corta edad, no es posible presumir un desarrollo de la inteligencia que dé bases racionales a tal imputabilidad⁽¹³⁾.

Mas, sin perjuicio de lo expuesto, pondremos de relieve las características principales de la legislación vigente, destacando que se ha producido una efectiva desvinculación

(13) D'ANTONIO, D. H., *El menor ante el delito* cit., págs. 100 - 103.

del menor del Derecho Penal como respuesta a una evolución en su situación jurídica iniciada prontamente en nuestro derecho.

Ya el Código Penal colocaba dentro del título sobre imputabilidad (arts. 36 al 39) a los menores, disponiendo un régimen que excluía de pena al menor de 14 años y lo sometía a un régimen tutelar eventual hasta la edad de 18 años, extensible hasta los 21 en determinados casos.

Igualmente, el Código contemplaba la privación de la patria potestad o de la tutela en los casos de delitos cometidos por un menor y también el cambio de guardador en tales supuestos.

Todo ello nos indica claramente que ya el legislador en 1921 había advertido la necesaria desvinculación del menor respecto del régimen legal común, estableciendo verdaderas normas protectoras en su beneficio que se orientaban al resguardo de la personalidad del niño o joven que arribara ante los estrados de la Justicia del Crimen. Sin embargo, numerosas voces se alzaron para propiciar un perfeccionamiento legal, sobre todo insistiendo acerca de una extensión de la tutela a los menores que hubieran delinquido luego de cumplir los 18 años.

Culminó este movimiento de naturaleza protectora con la sanción de la ley 14.394, en fecha 14 de diciembre de 1954, cuyas principales disposiciones, con la reforma introducida en el año 1976 (ley 21.338), podemos reseñar así:

- a) se trataba de una ley típica del Derecho de Menores, atento a su finalidad esencialmente tutelar y educativa;
- b) dividió a los menores en tres categorías: inimputables, hasta los 14 años; imputables de sanción eventual: los comprendidos entre los 14 y los 16 años e imputables con tratamiento especial para su detención y prisión: los menores entre 16 y 21 años (arts. 1º, 3º y 8º);

- c) en los casos de menores cuya edad máxima fuera de 14 a 16 años el juez interviniente debía comprobar el hecho, tomar conocimiento personal y directo del menor, sus representantes legales o guardadores y requerir del organismo técnico-administrativo los informes adecuados para estudiar la personalidad del menor y del ambiente al cual pertenecía (arts. 1 y 3°);
- d) en los supuestos anteriores podía el juez, en caso de considerarlo necesario, disponer el tratamiento institucional o no institucional que considerara más adecuado en tanto se mune de los antecedentes imprescindibles y, una vez realizado el estudio del menor y comprobado el hecho, resolvía su situación sea dejándolo en simple libertad; a cargo de sus representantes o guardadores; aplicándole un tratamiento de libertad vigilada o disponiendo su internación, a cuyo fin lo deriva al organismo ejecutivo de protección (arts. 1°, 2° y 3°);
- e) si el menor contaba entre 16 y 18 años y no se trató de delitos de acción privada (adulterio; calumnias e injurias; violación de secretos; concurrencia desleal; incumplimiento asistencial contra el cónyuge) o con pena máxima inferior a ~~dos~~ años de prisión o de multa o inhabilitación, se le sometía a proceso y a las previsiones anteriormente detalladas y, al cumplir la edad de 16 años y un año como mínimo de tratamiento tutelar, el juez requería informe del organismo técnico-administrativo sobre la respuesta dada por el menor. En base a dicho informe y demás antecedentes el juez podía: aplicarle al menor la sanción correspondiente al delito, aun cuando con la facultad de reducirla como si se tratara de tentativa disminuida entre un tercio del mínimo y la mitad del máximo de la pena; disponer que continúe el tratamiento

- dispuesto; variarlo por otro más aconsejable o dejar al menor en simple libertad (art. 4°);
- f) el menor de 16 a 18 años quedaba sometido al régimen procesal y sustantivo penal común pero, si debía ser privado de su libertad, era internado en institutos especiales o secciones diferenciadas de los establecimientos para adultos (art. 8°);
- g) las disposiciones de la ley se aplicaban aun cuando se tratase de un menor emancipado por matrimonio (art. 12°);
- h) en caso de menores de 18 años, el juez podía declarar según las circunstancias la pérdida de la patria potestad; la pérdida o suspensión de su ejercicio o la privación de la guarda o tutela, disponiendo él el régimen pertinente (art. 7°).

Se advierte de qué manera la ley, en el caso de los menores inimputables y de los imputables de sanción eventual (hasta 14 y 16 años, respectivamente) se preocupó en estudiar la situación del menor, adoptando desde el inicio medidas netamente protectoras, otorgando al hecho cometido una trascendencia relativa y siempre en cuanto podía servir de antecedente para dilucidar la verdadera raíz del problema.

Igualmente, en el caso de los menores entre los 14 y 16 años la ley adoptaba una posición de tutela, pero sin perder de vista la posibilidad de que recaiga sanción cuando el menor ha sido indiferente al tratamiento de protección.

16 bis. ANALISIS DE LA LEY 22.278 SOBRE REGIMEN APLICABLE A LOS MENORES INCURSOS EN DELITOS

a) *Análisis preliminar.*

La ley 22.278, sancionada y promulgada conforme a sus facultades por el Poder Ejecutivo Nacional en fecha 25 de agosto de 1980, viene a establecer un nuevo régimen legal

de aplicación a los menores cuya conducta encuadre en una figura penal.

En realidad el nuevo régimen no se aparta mayormente del establecido anteriormente. Así se lo reconoce en el mensaje de elevación del respectivo proyecto, donde se señala que se han mantenido los lineamientos generales de la ley 14.394.

Procurando superar las controversias existentes referidas a la situación del menor y su correlación con las instituciones típicas del Derecho Penal, la ley 22.278 divide el campo de la minoridad en tres categorías, distinguiéndolas según su condición de no punibles, punibles de sanción eventual y plenamente punibles. Se retrotrae así nuestra legislación a la redacción originaria del Código Penal (art. 36 y concordantes).

Esta aparente novedad está lejos de solucionar los problemas interpretativos derivados de la innegablemente forzada asimilación del menor a las instituciones penales. Sólo traslada la controversia ya que, conforme hemos tenido oportunidad de observar, la condición de imputable resulta de la capacidad para responder penalmente, y nada se logra ubicando la problemática del menor cuya conducta se amolda a una figura penal, dentro de la teoría de la pena.

En suma, el nuevo ordenamiento legal no define la real situación de los menores aludidos, lo que comienza por ponerse de manifiesto con la propia denominación que se otorga, en tanto se lo titula "régimen penal". Mas si bien esta circunstancia merece objeciones, la ley 22.278 mantiene un espíritu de protección a la persona del menor que atempera las observaciones que puedan efectuársele en otros aspectos.

b) *Categorías de menores.*

La ley 22.278 modifica las edades fijadas en las leyes 14.394 y 21.338, pero manteniendo la de 14 años para consagrar lo que denomina no punibilidad. Merece de tal modo

las críticas que hemos formulado en relación con la inclusión de verdaderos niños en un régimen que los torna pasibles de una condena penal.

Se amplía el campo de lo que denominamos ahora menores punibles de sanción eventual, siendo comprendidos en tal categoría los menores entre los 14 y 18 años de edad. Queda en consecuencia sin proyecciones jurídicas la edad de 16 años, fijada por la ley 14.394 como límite de la inimputabilidad y por la ley 21.338 como comienzo de la imputabilidad plena.

Aparece en este aspecto la ley ubicada en una posición intermedia entre las dos anteriormente citadas, pues por un lado mantiene el límite de la no punibilidad, mientras por el otro difiere la punibilidad plena a los 18 años. Ampliase de tal modo el espectro de menores de punibilidad eventual, y para la plena se sigue la edad fijada ya en la ley 14.394.

El panorama de los menores eventualmente punibles (14 a 18 años) encuentra no obstante la excepción que la ley contempla cuando se trate de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación (art. 1º, párr. primero, ley 22.278).

Resumiendo, y en orden a las categorías que la ley distingue, conforme a la denominación que en ella se otorga y que parte de la tesis de la punibilidad, el panorama del menor incurso en hecho ilícito muestra estas diferencias:

a) menor no punible:

—el que no tenga 14 años de edad cumplidos, o tenga menos de 18 años si se trata de delitos de acción privada o reprimidos con pena menor de dos años, multa o inhabilitación (art. 1º ley 22.278).

b) menor punible de sanción eventual:

—el que tenga entre 14 y 18 años de edad, siempre que no se trate de delitos de acción privada o re-

primidos con pena menor de dos años, multa o inhabilitación (arts. 1º, 2º, 3º y 4º ley 22.278).

c) menor plenamente punible, con tratamiento de detención especial:

—el que sea mayor de 18 años (arts. 10 y conec. ley 22.278).

Al igual que lo que ocurre respecto de la terminología empleada —que hace referencia a la punibilidad—, en lo que atañe a las categorías que establece la ley 22.278 importa un retroceso a la época de la vigencia del Código Penal (ley 11.179), de similar diferenciación (arts. 36 a 39).

c) *Normas de disposición y tutela.*

Pese a la postura adoptada por la ley y respondiendo a las dificultades derivadas de la asimilación al régimen penal común, en el mismo artículo 1º donde se establece la no punibilidad de los respectivos menores se señala que los mismos pueden haber sido objeto de “imputación delictiva” (art. 1º, párr. 2º). En tal caso se faculta al juez para que “compruebe el delito” y adopte las medidas tutelares que correspondan, disponiendo provisoria o definitivamente de su persona (art. 1º, párr. 3º ley 22.278).

De igual forma para los menores de la segunda categoría, es decir menores eventualmente punibles, y aun cuando la ley exprese que se los somete a proceso, el juez debe disponer provisionalmente de su persona, pudiendo hacerlo en forma definitiva cualquiera sea el resultado de la causa (art. 2º, párr. 3º).

Estas “disposiciones” del órgano jurisdiccional, complementadas con los efectos que la ley establece como derivantes de la disposición definitiva (art. 3º ley 22.278) caracterizan al nuevo régimen legal como un elemento normativo que ensambla, por sus finalidades, en el Derecho de Menores.

Al establecerse en el art. 3º inc. a) la “obligada custodia del menor por parte del Juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral” no hace sino responderse a la vinculación entre menor y órgano jurisdiccional por la que bregamos y a la que hemos hecho referencia en el Capítulo II, § 11.

En lo que atañe a la restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, mencionados en el inc. b) del citado art. 3º, si bien no se explicita en qué puede consistir tal restricción inferimos que se trata primordialmente del desmembramiento de la patria potestad o tutela por la privación de la tenencia, pero bien puede abarcar deberes específicos fijados a los padres o tutores de la más variada especie, tales como imposiciones educativas o asistenciales, visitas, relaciones con terceros, etcétera.

Pudiendo cesar esta disposición definitiva por decisión fundada del juez, expresa la ley que concluirá de pleno derecho con la mayoría de edad (art. 3º *in fine*), supuesto al que debe agregarse, según nuestra opinión, la emancipación legal, pues no existen aquí los fundamentos que llevan a extender el régimen proteccional a los emancipados (art. 9º ley 22.278), ya que si bien con el matrimonio se extinguen patria potestad y tutela (arts. 306 inc. 4º y 455 inc. 2º Cód. Civil) —efecto que debe extenderse a la guarda—, no tiene sustento el mantenimiento de la disposición efectuada por el juez.

La eventualidad de la pena aplicable al menor de la segunda categoría aparece sujeta a similares presupuestos que los contemplados por la derogada ley 14.394. Primordialmente será la falta de respuesta al tratamiento tutelar indicado lo que determinará la sanción, sumándose como elementos de apreciación las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y la impresión directa recogida por el juez (art. 4º, párr. 2º, ley 22.278).

En sus restantes disposiciones, la ley 22.278 reproduce normas ya contenidas en la ley 14.394, lo cual resulta un acierto indudable en tanto ésta ha sido durante su vigencia un elemento importantísimo para destacar la especificidad de todo lo concerniente al menor y la distancia que existe entre las instituciones penales y las que responden al Derecho de Menores.

El régimen legal que comentamos evidencia que nos encontramos indudablemente en una etapa de transición entre la ya superada época de la regulación penal típica y una nueva regulación totalmente perteneciente a la protección jurídica del menor, que excluya toda vinculación con el Derecho Penal.

17. EXCEPCIONES A LA INCAPACIDAD DE HECHO DEL MENOR

Habíamos adelantado que la condición básica de incapacidad que muestran jurídicamente los menores puede ser excepcionada legalmente en casos determinados donde se presume que existen fundamentos como para que el menor realice por sí mismo el acto, ya sea sin necesidad de asistencia de su representante o con la autorización de éste.

Según se advertirá y de conformidad a los distintos supuestos que se enumeran, no se parcela la capacidad que excepcionalmente se concede al menor según las distintas ramas en que tradicionalmente se divide el campo de lo jurídico.

Nos hemos ocupado de este tema al tratar de la patria potestad y referirnos a la representación paterna⁽¹⁴⁾, señalando como actos pasados por el menor, con asistencia paterna, los siguientes:

- a) celebración de convenciones prenupciales (arts. 1222 y 1227 Cód. Civil),

(14) D'ANTONIO, D. H., *Patria Potestad* cit., págs. 109 y ss.

- b) celebración del matrimonio (art. 10, ley 2393),
- c) celebración de contratos de locación de servicios, de trabajo o empleo público (arts. 275 y 128 Cód. Civil y 34 ley 20.744),
- d) ingreso en órdenes religiosas o militares (art. 275 Cód. Civil),
- e) alejamiento de la casa paterna (arts. 275 y 284 Cód. Civil),
- f) ejercitar acción en juicio civil (art. 281 Cód. Civil).

En cuanto a los actos pasados por el propio menor, sin necesidad de asistencia paterna mencionamos los siguientes:

- a) testar (arts. 286 y 3614 Cód. Civil),
- b) reconocer hijos extramatrimoniales (arts. 286 Cód. Civil y 41 Dec. ley 8204/63),
- c) defenderse en sede penal (art. 286 Cód. Civil),
- d) celebrar contrato de trabajo y ejercer profesión con título habilitante (art. 128 Cód. Civil),
- e) adquirir la posesión (art. 2392 Cód. Civil),
- f) ser mandatario (art. 1897 Cód. Civil),
- g) administrar y disponer de los bienes adquiridos con el trabajo (arts. 128 y 1807, inc. 7º Cód. Civil),
- h) donar órganos para trasplantes (art. 13, ley 21.541),
- i) intervenir procesalmente en sede civil, penal y laboral.

Los supuestos indicados, que no agotan por cierto las posibilidades de consagrar excepciones a la natural incapacidad de hecho de los menores, han sido puestos de manifiesto sin determinar las distintas situaciones que se producen en cada caso y las peculiaridades que evidencian.

Además, cabe señalar que existen numerosas excepciones a la incapacidad del menor que aparecen dispersas en distintas normas correspondientes a diversas esferas de actuación. Es así como, por ejemplo, por Circular B 1345 del Banco Central se dispuso que pueden abrir cuentas en Caja

de Ahorros los menores adultos que hubiesen celebrado contrato de trabajo, mientras que la ley sobre nombre de la persona natural (ley 18.248, del año 1969) otorga prerrogativas al menor, hijo extramatrimonial con dieciocho años cumplidos, para hacer opción acerca del uso de los apellidos de sus progenitores, con autorización judicial (art. 5°).

18. NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS CUMPLIDOS POR EL MENOR O SU REPRESENTANTE

Otro de los elementos legalmente consagrados con la finalidad de proteger al menor de edad lo constituye el régimen de nulidad de los actos jurídicos cumplidos por el menor en violación de su incapacidad de hecho.

Fuera de aquellos actos donde excepcionalmente el menor puede actuar por así haberlo dispuesto la ley, la movilización de los derechos de los que es titular sólo puede ser efectuada por su representante.

El Código Civil contempla como acto nulo por incapacidad del sujeto para el ejercicio de sus derechos el otorgado por persona absolutamente incapaz (art. 1041) y también el cumplido por persona relativamente incapaz (art. 1042).

Y en tanto en diversas disposiciones de la ley sustantiva se ha protegido a los incapaces imponiendo a sus representantes la autorización judicial previa para realizar diversos actos, autorización que tratándose de menores se refuerza por la necesaria intervención promiscua del Ministerio de Menores, en el mismo art. 1042 Cód. Civil se establece que son igualmente nulos los actos obrados por los representantes necesarios de los incapaces cuando dependiesen de la autorización de un juez.

Así mismo, el mencionado art. 1042 Cód. Civil consagra la nulidad del acto cumplido por el incapaz cuando la ley permitió su realización, mas imponiendo la concurrencia asistencial del representante legal, habiéndose omitido ésta.

En todos los casos mencionados la nulidad es relativa (arts. 1049, 1164 y 4031 Cód. Civil). Y como consecuencia de tal relatividad, la nulidad nunca puede ser declarada de oficio por los jueces, pudiendo plantearla sólo las personas en cuyo beneficio se ha impuesto la sanción, encontrándose excluido de su formulación el Ministerio Fiscal (art. 1048 Cód. Civil), habiéndolo así entendido la jurisprudencia ⁽¹⁵⁾.

Igualmente, la relatividad importa que el acto pueda ser confirmado y que la acción prescriba por el transcurso del tiempo (art. 1048 cit.).

No pudiendo plantearse la nulidad por la persona capaz que la fundamenta en la incapacidad de la otra parte (art. 1049 Cód. Civil), importa un deber del representante legal del menor deducir la correspondiente acción y, ante la pasividad de éste y en interés del menor, la nulidad podrá ser ejercitada por el Ministerio de Menores ⁽¹⁶⁾.

19. LA CAPACIDAD DE LA PERSONA POR NACER

Habiendo reconocido nuestro derecho la existencia de la persona natural a partir del momento de su concepción (art. 70 Cód. Civil) fue preciso organizar la protección jurídica desde aquel instante, proveyendo en consecuencia de representación al *nasciturus* con los alcances y las particularidades a que haremos referencia al tratar de dicho modo de protección, las que encuentran correlación en las peculiaridades que evidencia la aptitud jurídica del no nacido.

Destaquemos en primer lugar que la capacidad de la persona por nacer aparece como condicionada al nacimiento con vida una vez separada del seno materno (arts. 70, párr.

⁽¹⁵⁾ En fallo de la Cámara de Paz Letrada de la Capital Federal, Sala I, se estableció que las nulidades que se fundamentan en el art. 1042, Cód. Civil, han sido establecidas en beneficio exclusivo del contratante incapaz (*La Ley*, T. 7, p. 312).

⁽¹⁶⁾ Cfr. LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil - Parte General* cit., T. II, p. 603.

2º, 74 y 3290 Cód. Civil) y limitada, en tanto por su propia condición reviste la calidad de incapaz de hecho absoluto (art. 54 inc. 1 Cód. Civil), haciendo referencia la ley civil a la incapacidad de obrar, mas extendiéndose tal limitación a la capacidad de derecho, según veremos.

Es decir que la restricción en la aptitud jurídica de la persona por nacer deriva de una doble fuente. Por un lado se consagra su incapacidad absoluta para ejercer los derechos por sí misma, rigurosa concordancia legal con la condición natural del *nasciturus*; mientras que por otra parte se restringe su capacidad de derecho por cuanto la posibilidad de resultar sujeto pasivo de la relación jurídica debe excluirse, sin perjuicio de que, conforme lo admite la doctrina, a la persona por nacer le compete la titularidad de las accesorias de sus derechos, pudiendo la gestión de su representante comprometerla como a todo incapaz, no habiendo razón para distinguir (17).

Dentro de este marco de aptitud observamos que el concebido puede ser titular de derechos según las siguientes situaciones jurídicas:

- a) adquisición de bienes por donación o herencia (arts. 64, 3290 y 3733 Cód. Civil),
- b) adquirir bienes en razón de cargos impuestos a un tercero (arts. 64 y 504 Cód. Civil),
- c) ser sujeto pasivo de la patria potestad (art. 264 Cód. Civil; art. 1º ley 14367),
- d) prevalerse de la posesión de estado a los fines de establecer su filiación, o dar caducidad a la posibilidad de impugnación de su legitimidad (art. 253 Cód. Civil).

(17) Ver en este tema, MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Capacidad para aceptar y para repudiar herencias*, 2ª edición, Buenos Aires, 1978, págs. 61 y ss., con cita de doctrina.

Cada una de estas posibilidades, que requerirían un particular estudio para evidenciar sus diversos matices, encuentra vigencia y operatividad en función de la representación que la ley otorga a la persona por nacer como medio de protección y a la cual pasamos a referirnos, conjuntamente con lo vinculado a la asistencia del menor.

20. REPRESENTACION Y ASISTENCIA DEL MENOR

Hemos observado ya que el derecho protege al menor de edad consagrando su incapacidad para el ejercicio de los derechos.

Consecuencia imperiosa de tal consagración resulta el establecimiento de la representación, cuya finalidad es la de suplir las incapacidades sin que se afecten los derechos, posibilitando que éstos ingresen en cabeza de la persona del menor y, una vez ello acaecido, puedan dinamizarse en el aspecto jurídico-negocial.

Es de tal forma que el Código Civil, luego de establecer en su art. 56 la representación genérica para los incapaces específica, en el art. 57, inc. 2º, que son representantes de los menores de edad sus padres o tutores.

Esta norma ha tenido una modificación en su redacción originaria a través de la vasta reforma a la legislación civil operada en el año 1968 por la ley 17.711. En efecto, en su texto anterior no se contemplaba la representación necesaria paterna, consignando el inc. 2º del mencionado art. 57: "De los menores impúberes o adultos, sus tutores".

La situación tornóse conflictiva por la correlación de tal dispositivo legal con el vinculado a la representación promiscua del Ministerio de Menores, consagrada por el art. 59 del Código ya que, sostúvose, no habiendo mención a los padres en el art. 57 inc. 2º, tal representación del Ministerio Pupilar no alcanzaba a los menores sujetos a patria potestad.

Con la reforma, en consecuencia, no sólo quedó aclarada la norma y ajustada a la realidad jurídica —en tanto el padre es el primer llamado por la ley para representar a su hijo—, sino que se despejó un panorama enturbiado por interpretaciones que, sin lugar a dudas, se originaron ante la intención de excluir la intervención del órgano judicial de protección, con el consiguiente desmedro en los intereses de los menores.

La representación paterna a la vez que constituye un medio de protección al menor y la consecuencia rigurosa de su incapacidad, es uno de los derechos deberes que integran el complejo funcional de la patria potestad (art. 274 Cód. Civil) y participa de los caracteres de universalidad, necesidad y legalidad ⁽¹⁸⁾.

Pero además de la representación, el ordenamiento jurídico muestra la presencia de una institución de real importancia y no siempre advertida en la doctrina en su real dimensión e interés jurídico. Nos referimos a la asistencia, que aparece igualmente como un medio de protección al menor pero que tiene vigencia cuando se le reconoce a éste una cierta excepción a su natural incapacidad.

En la asistencia, el representante del menor concurre al acto convalidándolo con el asentimiento que presta. Mas quien realiza el acto jurídico es el propio menor, razón por la cual la asistencia aparece prevista en supuestos donde la ley ha reconocido una suficiente madurez con relación al acto concreto como para que el menor pueda realizarlo por sí mismo.

La asistencia evidencia, igualmente, un carácter relativo, derivado de la posibilidad de que en caso de ser negada por el representante legal, ábrese entonces la posibilidad de recurrir supletoriamente a la venia o autorización judicial ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ D'ANTONIO, D. H., *Patria Potestad* cit., Capítulo VI.

⁽¹⁹⁾ D'ANTONIO, D. H., *ob. cit.* en nota anterior, p. 112.

21. LA REPRESENTACION DE LA PERSONA POR NACER

La aptitud jurídica reconocida a la persona por nacer muestra las características que enunciamos en el § 19 de este Capítulo y tales circunstancias influyen para que la representación que se concede al ser concebido evidencie igualmente su particularidad.

Establece el Código Civil que son representantes de las personas por nacer "sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre" (art. 57, inc. 1º). Igualmente en el art. 64 se hace referencia a dicha representación para consignar que tiene lugar la representación de las personas por nacer siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia, correspondiendo destacar la mala ubicación de la norma ya que por encontrarse ensamblada en el título dedicado a la persona por nacer debió comprender todos los aspectos de la representación, o diferir para sus respectivos lugares lo vinculado a la representación a los fines de recibir bienes por donación o por herencia.

Correlacionando tal representación con las posibilidades que hemos advertido y en las que el *nasciturus* puede ser titular de derechos, señalamos que en cada caso la representación muestra marcadas peculiaridades que responden a las limitaciones naturales de la persona por nacer. Es así, a modo de ejemplo, como la patria potestad se ejerce sobre el hijo concebido mediante actos de resguardo y protección que muchas veces tienen como destinataria a la madre, pero que se dirigen finalmente a aquél, y que tal representación se limita a los actos que benefician ulteriormente al nacido, sin perjuicio de que responda por las accesorias de sus derechos, conforme lo destacamos anteriormente (este Cap. § 11).

Igualmente, la patria potestad se reduce en sus alcances, destacándose en doctrina que queda limitada a la represen-

tación, al usufructo de los bienes adquiridos por donación o herencia y a la administración de tales bienes ⁽²⁰⁾.

Por rigurosa consecuencia de la propia condición del ser concebido, la asistencia no rige respecto de la persona por nacer, en tanto la misma no puede realizar por sí misma los actos ni se dan los fundamentos que permiten que se excluya a los menores, en cada caso, de su incapacidad.

22. EMANCIPACION LEGAL Y HABILITACION DE EDAD

Corresponde que nos detengamos ahora en dos instituciones que avanzan sobre la incapacidad de hecho del menor, enervándola totalmente y ubicando al menor en la condición jurídica de persona plenamente capaz, aun cuando según observaremos rigen respecto del emancipado por matrimonio ciertas restricciones que obedecen y se correlacionan con la corta edad en la cual se puede celebrar nupcias en nuestra legislación.

a) *Emancipación legal o matrimonial.*

Respecto de la emancipación por subsiguiente matrimonio, dispone el artículo 131 del C. Civil: "Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil...", mientras que el artículo 133 expresa: "La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil..."

Sin embargo, subsisten algunas inhabilidades para los cónyuges menores. Ellas son:

- a) no pueden aprobar ni dar por extinguidas las cuentas de sus tutores;

⁽²⁰⁾ Busso, Eduardo C., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1958, T. II, 2ª parte, págs. 536 - 537.

- b) no pueden donar bienes recibidos a título gratuito;
- c) no pueden afianzar obligaciones.

Asimismo, necesitan autorización judicial para vender los bienes recibidos a título gratuito, a no ser que medie acuerdo entre ambos cónyuges, siendo uno de ellos mayor de edad (art. 135, C. Civil).

b) *Habilitación de edad.*

La habilitación de edad es una institución introducida por la reforma del año 1968 (ley 17.711, modificatoria del art. 131, C. Civil), según la cual un menor, arribado a los 18 años de edad, puede ser capacitado plenamente mediante resolución paterna o judicial.

Los menores de 18 años cumplidos pueden lograr su habilitación de dos maneras:

- a) los sujetos a patria potestad, por la decisión de quien la ejerce, instrumentada en escritura pública que debe ser inscripta en el título de estado del menor —partida de nacimiento—, a cuyo fin se tramita dicha diligencia en las oficinas del Registro Civil y Capacidad de las Personas;
- b) los menores sujetos a tutela, son habilitados judicialmente a petición del propio menor o de su tutor, previa información sumaria acerca de la aptitud del menor. En este caso, se libra oficio de la resolución judicial recaída a los fines de su inscripción en la partida de nacimiento.

Entendemos que si el menor no se encuentra bajo representación legal, el Ministerio de Menores puede solicitar en la segunda de las formas indicadas la pertinente habilitación de edad.

La habilitación es revocable por decisión judicial, a pedido del padre, del ex tutor o del Ministerio Pupilar, cuando

el menor haya actuado inconvenientemente (art. 131, C. Civil, párr. 5º), carácter éste que se vincula con el efecto que la institución produce sobre la patria potestad.

Igualmente, en razón de que la patria potestad constituye un complejo de derechos-deberes de carácter irrenunciable y dado que la tutela es una carga para el llamado a desempeñarla, consideramos que el menor cuya habilitación se pretende debe manifestar su conformidad para con la nueva situación.

Según se advierte, la ley ha precisado las limitaciones a la capacidad sólo en relación con lo menores emancipados por matrimonio, omitiendo restricción alguna respecto de los habilitados. Es más, señala que la habilitación constituye una circunstancia legal que termina con la incapacidad propia de la menor edad.

Contrariamente a ello, al tratar de la emancipación por habilitación de edad no se señalan limitaciones a la capacidad, por lo que el menor que ha sido habilitado queda emplazado en el estado de plena capacidad civil. Ello es propio de la emancipación, concebida según Llambías como la institución por la cual los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos con anticipación a la mayoría de edad ⁽²¹⁾.

Resulta de tal modo extraño que se produzcan interpretaciones doctrinarias que pretenden desconocer lo que, en nuestro modo de ver, no es sino la consecuencia rigurosa de la institución.

Para Arauz Castex, no obstante la referencia que la ley realiza con relación a los cónyuges, las limitaciones a la capacidad se aplican a todos los emancipados ⁽²²⁾, mientras que Llambías destaca que ante el silencio de la ley "parece forzoso extender el estatuto de capacidad que rige al menor

⁽²¹⁾ LLAMBIÁS, J. J., *ob. cit.* en nota 16, T. I, p. 435.

⁽²²⁾ ARAUZ CASTEX, Manuel, *Derecho Civil - Parte General, Reforma de 1968*, p. 61.

emancipado por matrimonio, instituido por los nuevos arts. 131, primera parte, 134 y 135, a los menores habilitados de edad ⁽²³⁾.

Nada más erróneo a nuestro entender que las conclusiones anteriormente señaladas. Según advirtiéramos, el efecto natural y propio de la emancipación es la plena capacidad civil y la eliminación de toda incapacidad derivada de la minoridad y, si la ley impone limitaciones a tal capacidad plena —como lo hace con la emancipación por matrimonio— de manera alguna pueden extenderse las mismas, por vía interpretativa, a la emancipación por habilitación de edad, institución distinta en su esencia, caracteres y fundamentos a la primera.

Si la regulación legal pecó de imprecisión no puede ello alterar las consecuencias rigurosas de la emancipación. No es admisible la justificación que ensaya Borda en el sentido de que era innecesario establecer una norma particularmente dirigida a los habilitados, por cuanto la habilitación de edad supone la emancipación ⁽²⁴⁾, ya que precisamente ese argumento es el que lleva a tener por inaplicable toda limitación a la capacidad que no haya sido específicamente establecida.

Méndez Costa, que participa de la opinión que considera aplicables las restricciones de los arts. 134 y 135 Cód. Civil a los habilitados, señala no obstante que es cierto que el art. 133 es introductorio de los arts. 134 y 135 y parece restringir éstos a los emancipados por matrimonio (los "casados"), de donde resultaría que sólo admite excepciones la capacidad de los emancipados por matrimonio, mientras que sería plena la de los emancipados por habilitación de edad (art. 128) ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ LLAMBIÁS, J. J., *ob. cit.* en nota 21, Apéndice, p. 32.

⁽²⁴⁾ BORDA, G. A., *La reforma del Código Civil*, El Derecho, T. 28, p. 839.

⁽²⁵⁾ MÉNDEZ COSTA, M. J., *Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1969, pág. 409.

Ya Orgaz había sostenido en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil que los habilitados de edad quedaban equiparados con el mayor de edad plenamente capaz⁽²⁶⁾, en tanto Molinario afirma que ante la omisión de toda restricción a la capacidad de los habilitados, debe concluirse que son plenamente capaces⁽²⁷⁾.

En nuestra opinión no puede ser otra la solución. La emancipación borra como efecto esencial toda incapacidad derivada del estado de minoridad, y así emerge del principio general establecido en el primer apartado del artículo 128 del Cód. Civil.

Excepcionalmente, la ley establece para el emancipado por matrimonio restricciones (art. 131, apartados primero y segundo, arts. 134 y 135 Cód. Civil), inaplicables para el habilitado respecto de quien no se establece limitación alguna.

Ante la claridad del supuesto no podemos sino recordar finalmente, con Josserand, que toda interpretación de los textos referida a incapacidades debe ser efectuada restrictivamente⁽²⁸⁾ y que en el caso concreto, apartándose la solución de la postura que compartimos, se estaría en presencia de jurisprudencia restrictiva que obraría por extensión en materia de incapacidades.

⁽²⁶⁾ Cit. por LLAMBÍAS en *ob. cit.* nota 21, *loc. cit.* nota 4.

⁽²⁷⁾ MOLINARIO, Alberto D. Comentario bibliográfico en *Jurisprudencia Argentina*, 1968 - VI, p. 801, nota 14.

⁽²⁸⁾ JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Buenos Aires, 1951, T. III, Vol. III, pág. 91.

CAPÍTULO IV

ESTADO DE FAMILIA. PARENTESCO

23. EMPLAZAMIENTO DE LA PERSONA DEL MENOR EN EL ESTADO DE FAMILIA

El estado de familia constituye uno de los atributos de la persona natural que caracteriza a ésta por su emplazamiento o por la falta de emplazamiento en la familia parentesco⁽¹⁾ o en el matrimonio. Trátase entonces de una cualidad intrínseca y permanente que hace a la esencia de la persona y la determina en su individualidad⁽²⁾. Por ello distinguimos según que por dicho estado pueda precisarse la pertenencia a un grupo familiar —derivada del respectivo emplazamiento— o que por la carencia del mismo se dé lugar a los estados de soltero o de filiación no establecida.

No existe en consecuencia persona natural alguna que carezca de estado de familia. Ya Zachariae afirmaba con razón que el hombre tiene un estado civil "como hombre"⁽³⁾, es decir que le corresponde por su propia condición humana.

⁽¹⁾ Distinguimos la familia institucional de la familia parentesco, signada esta última solamente por los efectos jurídicos que se producen entre sus componentes y sin que se encuentren presentes los caracteres propios de la familia institucional (v. nuestro artículo *Concepto y naturaleza jurídica de la Familia*, *El Derecho*, T. 31, p. 1106).

⁽²⁾ Así es determinado jurídicamente por LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil - Parte General cit.*, T. I, p. 278.

⁽³⁾ ZACHARIAE, K. S., *Le droit civil français*, París, 1854, T. I, p. 70.

Este atributo, por lo demás, distingue la persona natural de la jurídica en lo concerniente a las cualidades que le son inherentes, ya que la segunda carece de estado.

Según se observa, utilizamos el concepto estado de familia identificándolo con el de estado civil. Es que, aun cuando aquél sea una especie del estado general, sostiene con razón Orgaz que actualmente "estado", "estado civil" y "estado de familia" son sinónimos ⁽⁴⁾, observación que ya fuera efectuada oportunamente por la doctrina francesa ⁽⁵⁾.

Uno de los caracteres que presenta el estado de familia es el de la indivisibilidad, el cual al amalgamarse con el de la unidad importa la imposibilidad de que converjan en un mismo titular estados incompatibles. Es así como una persona no puede ser soltera y casada a la vez, ni encontrarse emplazada como hijo legítimo y extramatrimonial al mismo tiempo.

Otro de los caracteres del estado de familia es el de la inherencia personal, que determina la exclusión de toda persona que no sea titular del respectivo estado.

Del emplazamiento en un estado de familia derivan derechos subjetivos familiares y surgen deberes específicos. Nadie que no muestre el correspondiente título de estado tendrá las prerrogativas o responderá por los deberes inherentes al estado, con excepción de supuestos donde sean de aplicación principios de derecho sustentados en la equidad, con los alcances que luego observaremos.

Y es preciso recordar que en todo lo concerniente al estado de familia se encuentra comprometido el orden público.

Aun cuando las reflexiones que hemos efectuado ponen de manifiesto que el estado de familia constituye un atributo de la persona natural que no es exclusivo del menor de

edad, sino que precipita sus consecuencias jurídicas igualmente en el adulto, cabe tener presente que el emplazamiento o la falta de emplazamiento adquiere particulares incidencias tratándose de un menor y muy distintas son las consecuencias que resultan del estado de minoridad o la situación de adultez.

Adviértase que del estado de familia resultará determinada la persona del representante del menor, que vendrá a suplir su condición de incapaz de hecho. Ello da lugar a que careciéndose del representante que la ley designa haya que recurrir a la institución de la tutela, aspectos todos que en la persona adulta no se dan por advenir la plena capacidad.

Pero además, durante el estado de minoridad se refuerzan instituciones jurídicas tales como los alimentos, que se encuentran directamente relacionadas con el estado de familia en que se encuentre emplazada la persona.

Desde el punto de vista negativo, la carencia de un estado de familia determinado, o sea la situación de filiación no establecida, dará lugar a la actividad estatal de protección. En efecto, según lo hemos visto (cfr. Capítulo II, § 10), se tipificará entonces una situación de abandono que pondrá en funcionamiento a los organismos de protección a la minoridad y posibilitará la pertinente declaración a los fines de superar dicho estado (Capítulo II, § 11).

Cabe tener en consideración que al referirnos al menor estamos haciendo igualmente mención de la persona por nacer. Tratándose de instituciones de protección jurídica a la minoridad las mismas son extensivas al ser concebido, conforme lo hemos expuesto oportunamente (Capítulo II, § 7).

⁽⁴⁾ ORGAZ, A., *Personas Individuales* cit., p. 213.

⁽⁵⁾ Así lo destacan BAUDRY-LACANTINERIE y HOUDES-FOURCADE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, T. II, p. 2.

24. EL MENOR Y LA FAMILIA

El ámbito natural y propicio donde la personalidad del individuo se desarrolla y cristaliza es la familia, concepto éste que adquiere significaciones diversas y sobre el cual nos detendremos ahora para procurar determinarlo en su faz jurídica.

El esclarecimiento de lo que es jurídicamente la familia ha merecido esfuerzos de la doctrina, especialmente a partir del siglo pasado. Sin embargo, las diversas acepciones del vocablo han obstaculizado una definición completa y acabada.

Consideramos que el problema se encuentra constituido por los distintos sentidos en que la voz "familia" resulta utilizada, desechando en consecuencia aquellas opiniones que niegan se trate de un conflicto conceptual.

Dejando de lado significaciones de menor relevancia o meramente ocasionales, las cuales reconocen origen histórico o legislativo, es notorio que por familia usualmente se comprende tanto el grupo primario y celular, denominado también "familia particular", "pequeña familia", "familia nuclear" o "familia conyugal" ⁽⁶⁾ y al que preferimos individualizar como "familia institución", como también al grupo compuesto por individuos que reconocen tan sólo un vínculo de parentesco, denominado "gran familia" o "familia parentesco".

Empero, aun entre aquellos autores que reconocen se trata de distintos sentidos de la palabra, encontramos en las definiciones de la familia aspectos que obstaculizan la necesariamente exacta formulación conceptual.

La mayor parte de nuestra doctrina reconoce que el concepto de familia difiere según el sentido en que a ella se haga referencia, diferenciando de tal modo la pequeña fa-

(6) Sobre tales denominaciones ver nuestro artículo cit. en nota 1.

milia y la familia parentesco. No obstante, las definiciones que se concretan siguiendo tal posición no siempre completan el concepto o logran expresarlo con la necesaria claridad, siendo la principal falencia la no expresión de la naturaleza jurídica del grupo y la no delimitación de su extensión. Igualmente, es frecuente la falta de determinación de ciertos caracteres esenciales de la familia.

Aunque la mayoría de los autores otorga a la familia naturaleza institucional, generalmente no se aclara que ello sólo corresponde a la "familia institución", es decir, a la "pequeña familia" que es donde los elementos típicos de la institución se encuentran vigentes.

En efecto, en la pequeña familia encontramos la idea de obra a realizar; la adhesión de los individuos en torno a dicha idea objetiva, con expansión de la misma en el medio social y la sujeción de las voluntades al poder organizador.

En la familia parentesco, en cambio, sólo aparece notable el vínculo jurídico —traducido en derechos y deberes legalmente establecidos— siendo el único elemento común observable.

A nuestro entender, la pequeña familia o familia institución es el grupo primario conformado por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio, que convive en el hogar sometidos a la dirección paterna ⁽⁷⁾.

En dicho grupo encontraremos al menor y esta familia institucional constituye el ámbito más propicio para conformar su personalidad, a punto tal que cuando carece de él o se presenta incompleto o conflictuado, emergen prontamente los problemas que aquejan al niño en lo más profundo.

La familia parentesco, en cambio, es un concepto jurídico que define al grupo tomando en consideración la mera vinculación de derecho existente entre sus componentes. Se

(7) D'ANTONIO, D. H., ob. cit. en nota anterior.

trata del grupo de parientes legítimos que, sin la presencia de los elementos convivencia y dirección común, se caracteriza por producir entre sus integrantes efectos jurídicos.

En nuestra legislación, la familia parentesco se extiende hasta el cuarto grado de la línea colateral en el parentesco por consanguinidad —límite del derecho sucesorio (art. 3585, C. Civil, ley 17.711 del año 1968)—, lugar en el cual se encuentran los primos hermanos.

Digamos por último que existe un parentesco sin base en el matrimonio, pero no una familia ilegítima. El artículo 365 del Código Civil expresa en tal sentido: “Los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos.”

25. EL ESTADO DE FAMILIA. TITULO DE ESTADO

Según viéramos en el § 22 de este Capítulo, la posición que una persona ocupa en su familia constituye el estado de familia de la misma. Así, el menor será hijo, hermano, nieto, primo, etc., ocupando la respectiva situación en el grupo familiar.

A su vez, podrá ser hijo matrimonial o extramatrimonial; hermano bilateral o unilateral, etcétera.

Recíprocamente, los demás integrantes de la familia estarán a su respecto en distintas posiciones familiares.

Indudable aparece, de tal modo, la importancia del estado de familia en tanto de él nacen los derechos inherentes a la respectiva situación (vocación hereditaria, patria potestad, nombre, etc.) y, consiguientemente, lo gravoso que implica carecer de dicho estado, ya sea por no gozársele, o que el que se detenta no sea el verdadero, o que terceros procuren enervar el estado que actualmente se posee.

Poseer un determinado estado de familia no es suficiente, pues puede ser que el mismo no logre acreditarse

legalmente, con lo cual se torna sumamente complejo el ejercicio de los derechos correspondientes.

La prueba legalmente establecida del estado de familia constituye el título de estado, concepto éste que se integra por las partidas de nacimiento y sus complementarias obrantes en los Registros Públicos del Estado Civil.

En tal sentido dispone el Código Civil: “El día del nacimiento, con las circunstancias del lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad se probará en la forma siguiente:

“De los nacidos en la República, por certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos...” (arts. 79 y 80).

Por su parte, el artículo 263 (texto ordenado por la ley 2393, art. 114) dice: “La filiación legítima se probará: por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil...” a lo que se agrega la partida de matrimonio de los padres. Además, el artículo 96 de la Ley de Matrimonio Civil n° 2393 establece: “Los matrimonios celebrados con posterioridad a la vigencia de esta ley, se probarán con el acta de celebración del matrimonio o su testimonio.”

El Decreto-ley 8204 del año 1963, reformado por ley 18.327, en su artículo 24 ha venido a ampliar las posibilidades de acreditación del estado de familia.

En efecto, por dicha norma y a los fines probatorios se equiparan las libretas de familia y los testimonios, copias, certificados o cualquier otro documento expedido por el Registro del Estado Civil a los instrumentos públicos que dan fe respecto de dicho estado, de acuerdo a las disposiciones del Código Civil.

Aun cuando han mediado interpretaciones que pretenden disminuir los alcances de la disposición citada, es lo cierto que de la misma emerge, con la amplitud que deriva de

sus propios términos, la posibilidad de acreditación del estado de familia con la presentación de los documentos que se señalan en el mencionado art. 24 Decreto-ley 8204/63.

Se trata de disposiciones de reales alcances prácticos, pues se posibilita la prueba de la situación familiar sin los inconvenientes que resultan de la solicitud de testimonios de partidas, para cuya obtención siempre se presentan obstáculos y demoras.

Con las documentales aludidas, muy especialmente con la libreta de familia que constituye un elemento al alcance de la persona, se facilita la prueba con resguardo de las garantías que deben rodear siempre a tal acreditación.

Refiriéndose a la aceptación jurisprudencial de la libreta de familia como prueba del respectivo estado, sostiene Barbero que con la misma no se pretende menoscabar el valor probatorio de las partidas, sino solamente se trata de asignar la misma jerarquía a las libretas de familia, en cumplimiento de un imperativo legal ^(*).

26. ACCIONES DE ESTADO

El desconocimiento por los terceros del estado de familia puede adquirir distintas formas.

La primera de ellas se encuentra constituida por la negativa a reconocer el verdadero estado de familia, lo que da lugar al ejercicio de una acción de reclamación de dicho estado.

Tal el caso, por ejemplo, de un hijo extramatrimonial cuyo padre se niega a reconocerlo. En dicho supuesto el hijo deducirá la correspondiente acción judicial para lograr una sentencia que, declarando su verdadera filiación, lo ubique en el estado de familia reclamado. Si, por el contrario, un hijo se encuentra gozando la condición de matrimonial y la

(*) BARBERO, Omar U., *Libretas de familia reemplazando a partidas en juicios sucesorios*, Jurisprudencia Argentina, 1977-I, p. 599.

misma no le corresponde, será pasible de una acción de impugnación de su estado de familia, tendiente a lograr el desplazamiento del mismo.

Las acciones de estado filial están reguladas en los artículos 246, 251, 253, 257, 259, 320, 321, 325 y 335 del Código Civil y en el artículo 3° de la ley 14.367, modificado por ley 17.711.

Señala Belluscio que son acciones de estado de familia todas las que tienden a proteger el estado de familia en forma positiva o negativa, reconociéndolo cuando existe pero es desconocido, excluyéndolo cuando no concuerda con la realidad, o creándolo o modificándolo cuando así cabe hacerlo ^(*).

El estudio de estas acciones y todo lo a ellas vinculado pertenece en primer lugar al Derecho de Familia. Pero en lo que hace a las acciones de estado filial y particularmente a las de reclamación de filiaciones legítimas y extramatrimonial podemos sostener que es materia propia del Derecho de Menores.

Igualmente lo serán las acciones de constitución en el estado adoptivo, asimilada la adopción a la filiación legítima.

Las acciones de desplazamiento aparecen comprendidas también en el ámbito de la protección jurídica a la minoridad, pues hace al interés del menor dejar establecido su verdadero estado de familia, sin perjuicio del accionar eventual de los organismos de protección en caso de quedar sin filiación establecida o ser necesaria la tutela respectiva.

En lo concerniente al delicado tema de los efectos de la sentencia dictada en los procesos de estado, concluimos que tanto en lo relacionado con el aspecto de la meritución del material probatorio —ya aplicable incluso en lo que atañe a la recepción de la prueba—, como en lo vinculado específicamente con los efectos de la sentencia, deberá tenerse en

(*) BELLUSCIO, Augusto César, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1974, T. I, p. 77.

cuenta la aplicación del principio general vigente en el Derecho de Menores según el cual, en la duda, deberá estarse a lo que resulte más favorable para el menor.

27. EL PARENTESCO

El parentesco es la relación jurídica que media entre dos o más personas y que deriva de su común origen, del matrimonio o de la adopción.

El Código Civil, en definición incompleta pues sólo hace referencia al parentesco de sangre, dice que "El parentesco es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco" (art. 345).

Antes de pasar a las distintas especies de parentesco, daremos los conceptos necesarios para la comprensión del tema.

El tronco es el punto de partida del cómputo del parentesco, es decir, "el grado de donde parten dos o más líneas" (art. 348 del C. Civil), el cual se toma como punto de referencia del vínculo.

Grado se denomina el vínculo existente entre dos individuos unidos por lazo de parentesco, y línea es el conjunto de grados.

Existen tres clases de líneas: la descendente, la ascendente (ambas conforman la línea recta) y la colateral.

En la línea descendente a partir del tronco se encuentran el hijo, el nieto, el bisnieto, etc. En la ascendente, partiendo del tronco encontramos al padre, abuelo, bisabuelo, etcétera.

La línea colateral parte del tronco, pero en su cómputo se remonta a éste a partir de la persona cuyo parentesco se desea comprobar, para descender posteriormente al otro pariente.

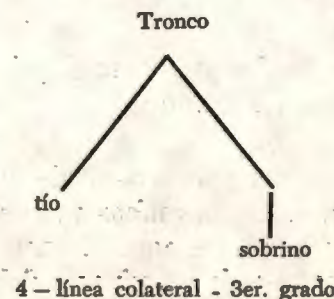
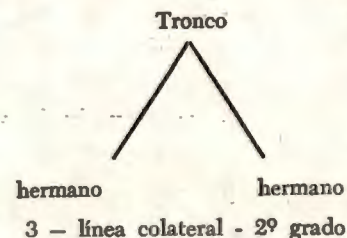
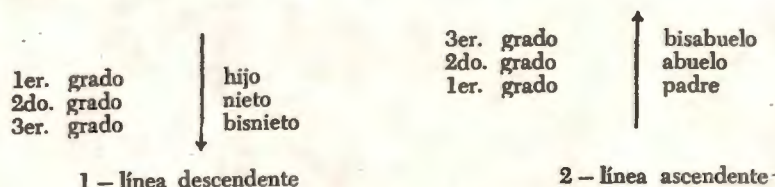
a) Clases de parentesco.

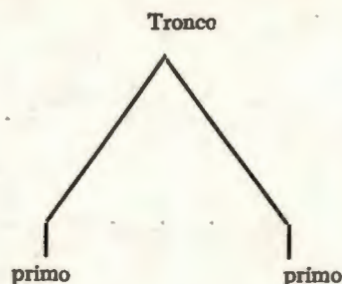
Como fluye del concepto dado, existen tres clases de parentesco: el parentesco por consanguinidad, que deriva del vínculo de sangre; el parentesco por afinidad, que emerge del matrimonio y el parentesco por adopción, que resulta del vínculo creado por esta institución.

Nos hemos de detener en cada uno de ellos al estudiar la manera en que se computa el parentesco.

b) Cómputo.

En el parentesco por consanguinidad, en sus respectivas líneas encontramos:





Como se advierte, en la línea recta, según sea la línea descendente o ascendente, las distancias están dadas por las distintas generaciones (hijo, 1er. grado en la descendente; padre en 1er. grado línea ascendente, etcétera).

En la línea colateral observamos que en el ejemplo n° 3, para computar el parentesco que poseen entre sí los hermanos, debemos remontarnos hasta el tronco —padre de ambos—, es decir hasta el genitor común. Descendiendo posteriormente al otro hermano determinamos el grado en que se encuentran, el cual es —en consecuencia—, el 2° grado.

Para esclarecer la situación de tío y sobrino (ejemplo n° 4) debemos remontar primeramente hasta el hermano (padre del sobrino), proseguir hasta el tronco (abuelo del sobrino y genitor común), para descender finalmente hasta el tío, es decir que se encuentran en el 3er. grado.

Otro tanto ocurre con los primos hermanos —límite del parentesco por consanguinidad—, ya que debemos ascender hasta el padre de uno de los primos, llegar al abuelo (genitor común de ambos primos), descender hasta el tío (padre del primo) y llegar finalmente hasta el primo hermano, contando de tal forma el 4° grado.

Resta consignar que no existe en la línea colateral primer grado y que este parentesco puede ser de vínculo doble o simple, según se tenga ambos progenitores en común o sólo al padre o a la madre como tronco. El Código Civil llama a los hermanos, según su vínculo doble o simple, her-

manos bilaterales o unilaterales (art. 360), expresando que pueden ser paternos o maternos (art. 361).

En el parentesco por afinidad se ubica el cónyuge en la misma situación de parentesco que posee el otro cónyuge en la familia de éste (ver art. 363, C. Civil).

De tal forma, el esposo está respecto de su suegro en el 1er. grado de la línea descendente, ya que su esposa se encuentra en dicho lugar. Para con el cuñado, el esposo estará en el 2° grado de la línea colateral, en tanto su mujer se encuentra en tal lugar, etcétera.

Cabe destacar que en este parentesco la relación se trabaja únicamente con el cónyuge y no así con los parientes del cónyuge, quienes no contraen vínculo alguno con los parientes del otro cónyuge —art. 364, C. Civil— (p. ej. los llamados consuegros o concuñados).

Este parentesco no se extingue con la muerte del cónyuge, ya que subsisten los impedimentos matrimoniales (art. 9°, inc. 3°, ley 2393), el deber alimentario (que existe entre suegros y yerno o nuera, art. 368, C. Civil), así como el derecho hereditario de la nuera en la sucesión de sus suegros (art. 3576 bis, agregado por la ley 17.711 de 1968).

El parentesco por adopción, emergente de la constitución de dicho estado, alcanza distinta entidad según la especie adoptiva de que se trate, conforme a la regulación legal establecida para la institución por la ley 19.134 del 21 de julio de 1971.

La denominada adopción plena extingue el parentesco del menor con los integrantes de su familia de origen (ver Capítulo V, § 39,a) y otorga al adoptado la condición de hijo legítimo, con iguales derechos y obligaciones que el nacido de matrimonio (arts. 14 y 18, ley 19.134).

En cambio, en el caso de adopción simple la ley establece que no se crea vínculo de parentesco con la familia de sangre del adoptante, considerándolo al adoptado como hijo legítimo del adoptante y a los hijos adoptivos como hermanos entre sí (art. 20, ley 19.134).

En la regulación de los impedimentos matrimoniales la ley de adopción dispone que no pueden casarse el adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes, ni los hijos adoptivos entre sí; como tampoco el adoptado con el cónyuge del adoptante y el adoptante con el cónyuge del adoptado (art. 26).

En cambio, no sanciona la ley el matrimonio del adoptado con el hijo del adoptante, omisión que no responde a la naturaleza y fines que se otorgan a la adopción.

El parentesco adoptivo es revocable en caso de que se deje sin efecto la adopción simple (art. 28, ley 19.34). En cambio, en la adopción plena el vínculo es irrevocable, pero dado que el menor puede ser nuevamente adoptado plenamente cuando muere el primer adoptante (art. 2º), en tal caso se extinguirá el parentesco y nacerá uno nuevo emergente de la posterior adopción.

CAPÍTULO V

FILIACION. PATRIA POTESTAD

28. LA FILIACION. CLASES

La relación que existe entre padre e hijo excede los límites del mero vínculo de parentesco. Entre ambos se da una situación mucho más profunda y compleja, derivada de la sangre y que se complementa con la convivencia y el afecto recíproco.

Ello es conocido en derecho como filiación, es decir, el lazo jurídico derivado de la sangre en su manifestación más próxima y que une a los individuos en una relación paterno-filial.

Esta institución, al igual que la familia y el matrimonio, es de origen natural, es decir que el derecho no la ha creado sino que la reconoce simplemente como algo determinado por razones superiores.

Por tal circunstancia, no puede ser objetada por la ley, a riesgo de que, al pretender forzar la realidad, se contradigan las bases de la organización social, haciendo peligrar su existencia.

Existen en el derecho positivo dos especies de filiación: la matrimonial y la extramatrimonial.

Los autores suelen agregar una tercera, la adoptiva, pero entendemos que la adopción no crea un vínculo de filiación —aunque la ley se esfuerece por así decirlo—, ya que tal vínculo sólo deriva del nexo biológico fundado en la pro-

creación y no puede pretenderse crearlo mediante una norma jurídica. La raíz del vínculo filial es natural. En cambio, sí puede hablarse de un parentesco adoptivo, en tanto el parentesco, como hemos visto, sólo implica una relación meramente jurídica (Capítulo IV, § 23, nota 1).

Nos detendremos, en consecuencia, en las distintas clases de filiación comenzando por la denominada matrimonial o legítima.

29. HIJOS LEGITIMOS

a) *Emplazamiento del hijo en la filiación legítima.*

Son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio, los legitimados por las subsiguientes nupcias de sus padres y los nacidos después de celebrado el matrimonio que no fueran desplazados de la filiación por la acción contemplada en el art. 253 Código Civil.

Este concepto concuerda con lo dispuesto en los arts. 246 y 240 del Código Civil, concordantes entre sí y con lo normado en los arts. 76 y 77 del mismo Código en vinculación con la concepción de la persona natural.

De tales disposiciones se extrae que son legítimos los hijos nacidos después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y dentro de los trescientos días de su disolución. Pero además dentro del concepto de hijos legítimos debemos comprender a los legitimados, expresamente calificados como tales en el art. 359 Código Civil, sin perjuicio de señalar que su condición de legítimos se adquiere a partir de la celebración del matrimonio (art. 319 C. Civil).

En lo que respecta a los hijos nacidos después del matrimonio pero antes de transcurridos ciento ochenta días de su celebración también son legítimos. Rigen a su respecto los principios orientadores del Derecho de Menores que determinan que su situación jurídica debe resolverse en favor del menor y, de conformidad a la posibilidad de im-

pugnación de la paternidad prevista en el art. 253 Código Civil, de harto confusa redacción, emerge que el hijo se encuentra efectivamente emplazado en el estado de familia de hijo legítimo, siendo necesario que prospere la pretensión en la específica acción dirigida por el padre contra quien aparece como su hijo legítimo para que dicha filiación quede desplazada.

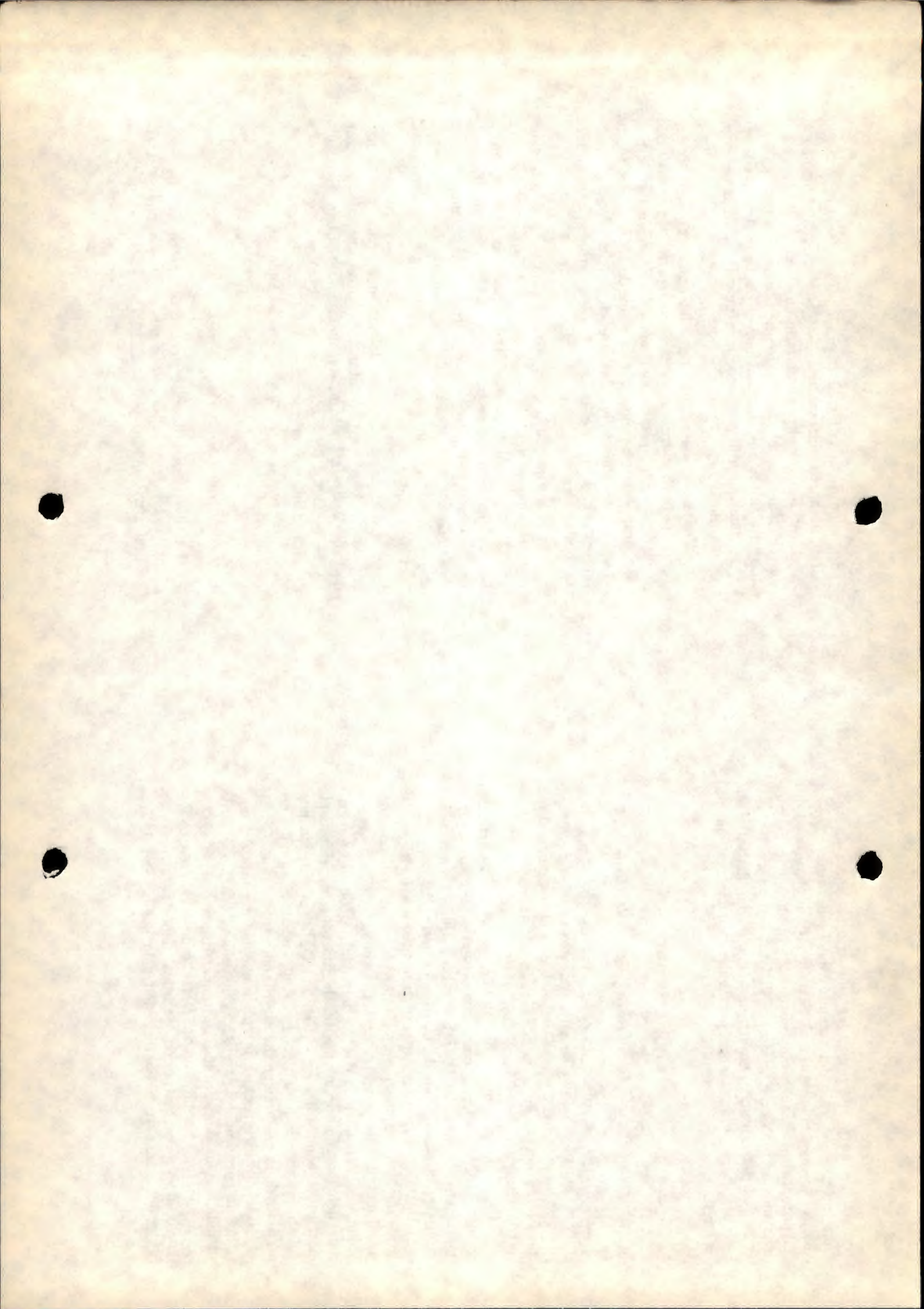
Podrá sostenerse que es preciso que transcurra el plazo fijado para la caducidad de la acción (arts. 254 y 4042 Cód. Civil) para que quede confirmada la situación de legitimidad, mas esa consecuencia es propia de todos los hijos, incluso de los concebidos durante el matrimonio, ya que se encuentran, dentro del respectivo plazo, sujetos a una acción de impugnación.

Si la mujer viuda o cuyo matrimonio ha sido anulado contrae nuevas nupcias en violación a lo dispuesto en el art. 93 Ley de Matrimonio Civil y nace un hijo dentro de los trescientos días de la muerte del primer marido o de la disolución del matrimonio y después de ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, la ley presume que el hijo ha sido concebido en el segundo matrimonio (art. 242 Cód. Civil).

En los casos de bigamia si hubo mala fe de ambos cónyuges no se presentan problemas, pues la legitimidad sólo cubre a los hijos del matrimonio válido. Si medió buena fe habrá de estarse en cada caso a lo que resulte de la prueba a rendirse para establecer la verdadera filiación de los hijos nacidos, no existiendo soluciones legales sobre este tema.

b) *Prueba de la filiación legítima.*

La filiación legítima se prueba con la partida de nacimiento del hijo y la de matrimonio de sus padres (art. 263 Cód. Civil, modif. por art. 114 Ley 2393), sin perjuicio



de lo dispuesto en el art. 24 decreto-ley 8204/63 (V. Cap. IV, § 24).

Si faltan los asientos o se hubiera hecho la inscripción bajo nombres falsos o como de padres no conocidos la filiación podrá probarse por todos los medios que las leyes procesales admiten (art. cit.).

La posesión de estado es admisible como prueba, pero en forma más rigurosa que tratándose de la filiación extramatrimonial.

La prueba debe estar destinada a comprobar que el presunto hijo fue concebido durante el matrimonio; que fue dado a luz por la esposa y que existe identidad entre el presunto hijo y el nacido de aquella.

En la receptación probatoria son importantes los denominados "papeles de familia", como así también la prueba negativa de procreación, traducida en pericias médicas respecto de la madre.

c) *Desplazamiento del hijo de la filiación legítima.*

El desplazamiento del hijo de la filiación legítima puede devenir de acciones de impugnación de la paternidad, de impugnación del carácter matrimonial de la filiación o de la impugnación de la maternidad.

En los tres supuestos se ataca la filiación legítima, pero en el primero queda subsistente la maternidad, que será extramatrimonial y en el tercer caso se destruyen maternidad, paternidad y legitimidad. En el segundo supuesto el hijo permanecerá determinado en la paternidad y maternidad, pero ambas serán ilegítimas.

a') Las acciones de impugnación de la paternidad proceden en los casos de imposibilidad de acceso carnal en la época de la concepción (art. 246 Cód. Civil); adulterio y ocultación de parto (art. 252 Cód. Civil) y de concepción antes del matrimonio (art. 253 Cód. Civil).

La imposibilidad de acceso carnal entre marido y mujer debe ser completa (ausencia; reclusión). La impotencia anterior al matrimonio no puede ser alegada (art. 252 Cód. Civil), solución que es decididamente criticada por la doctrina, pues se atribuye un hijo a quien ha evidenciado ser incapaz de engendrarlo.

En la causal de adulterio y ocultación de parto las circunstancias hacen de rigor que se abra la posibilidad de que el marido impugne su paternidad. Somos contrarios a la doctrina que, a los extremos requeridos por la ley, suma la necesidad de que el padre pruebe que el hijo que ha nacido no es suyo.

El supuesto del art. 253 Cód. Civil, en tanto, otorga prerrogativa al marido para impugnar la filiación cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio.

El titular de la acción es el marido mientras viva (art. 256 Cód. Civil), pudiendo entablarla su curador en caso de insania. Los herederos e interesados tienen dos meses para ejercitar la acción, a partir de la muerte del marido, con excepción del caso previsto en el mencionado art. 253, en que sólo podrán continuar la demanda interpuesta por aquél.

Si el padre ha admitido la filiación, la acción de los herederos e interesados se extingue (art. 258 Cód. Civil).

Caducando para el padre en el plazo de dos meses o sesenta días (arts. 4042 y 254 Cód. Civil), la acción debe ser dirigida contra el hijo cuya filiación se pretende desconocer. Se nombrará a éste un tutor ad-hoc y debe ser citada a juicio la madre.

En todos los casos corresponde la intervención del Ministerio Fiscal.

b') Las acciones de impugnación del carácter matrimonial de la filiación se fundamentan en la inexistencia del vínculo matrimonial, en la nulidad del mismo o en la concepción del hijo fuera del matrimonio (art. 257 Cód. Civil).

El primer caso hace referencia a los supuestos de inexistencia previstos en el art. 14 de la ley 2393 y al caso de matrimonio en el extranjero en fraude a la ley argentina.

El segundo supuesto vincúlase con el matrimonio nulo con mala fe de ambos contrayentes, pues de ser matrimonio putativo el hijo será considerado legítimo (arts. 87 y 88 Ley 2393). No existiendo sentencia de nulidad deberá ejercitársela en forma conjunta con la acción de impugnación.

En cuanto a la concepción fuera de matrimonio se trata del hijo que no podía ser legitimado por existir el impedimento del ligamen al tiempo de la concepción (cfr. art. 311 Cód. Civil) y del hijo de matrimonio putativo nacido después de los trescientos días de la anulación del vínculo.

Son titulares de la acción todos los que evidencien un interés legítimo, ya que no hay limitaciones legales. Tratándose del ejercicio conjunto de la acción de nulidad sólo competirá a los legitimados para deducir esta última.

c') Por último, la acción de impugnación de la maternidad, que hace caer a ésta, a la filiación legítima y a la paternidad en tanto el accionado no será hijo del marido de su madre, procede en los supuestos de suposición de parto, sustitución de hijo y, como caso comprensivo de los anteriores, por no ser la mujer casada la madre del supuesto hijo (art. 261 Cód. Civil).

Puede ser entablada por cualquier interesado y no caduca.

Según se observa, es común a todas las acciones que, en caso de prosperar la pretensión, el hijo demandado quedará desplazado de su filiación legítima.

30. HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

La historia de los hijos extramatrimoniales es la historia de la evolución de su situación jurídica en pos de lograr el reconocimiento de los esenciales derechos que les corresponden.

Sobre este tema adelantemos que en nuestra opinión el Derecho de Menores debe regular la posición del hijo extramatrimonial teniendo como finalidad la de satisfacer todos los requerimientos que como persona evidencia y sin que quepan distinciones en razón de su origen.

Es así como nos pronunciamos por una plena equiparación de los hijos extramatrimoniales a los legítimos, persuadidos que con ello no se atenta contra la familia legítima y que la protección de ésta deviene de una concreta política familiar, que no se verá afectada por la mencionada igualación.

Destacando los antecedentes históricos de la filiación fuera de matrimonio observamos que en Roma se distinguía entre *liberi naturali* (hijos de concubina), *liberi spurii* (hijos de mujer deshonesto), *liberi adulteri* (provenientes de relación adúltera) y *liberi incestuosi* (nacidos de un vínculo incestuoso). Sólo los *liberi naturali* tenían ciertos derechos, primordialmente alimentarios, mientras que las restantes categorías carecían de todo derecho.

Para las leyes de Partidas, partiendo de la distinción que se efectuaba en el Derecho Español entre hijos naturales y espurios, aquéllos eran los que los hombres tenían con las barraganas, siempre que al tiempo de la concepción pudieran casarse entre sí. Tenían limitados derechos de alimentos.

Los hijos espurios se subclasificaban en incestuosos, adulterinos, sacrílegos y mánceres, no correspondiéndoles derecho alguno.

El Derecho Inglés privó de paternidad a los hijos naturales y ubicó a los bastardos en una situación jurídica de absoluta desprotección, mientras que en el germánico se le dio a estos últimos derechos en relación con la madre.

En Francia los bastardos se dividieron en bastardos simples (los naturales), bastardos adulterinos y bastardos incestuosos. La Revolución Francesa otorgó amplios dere-

chos a los hijos naturales pero no les concedió, pese a sus enunciados igualitarios, acción para investigar la paternidad.

Con el Código Napoleón los bastardos vuelven a su situación anterior a la Revolución.

31. LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES EN LA LEGISLACION ARGENTINA

Superada en nuestro derecho la anacrónica distinción que el Código Civil establecía entre los hijos nacidos fuera del matrimonio por obra de la ley 14.367 del año 1954, aquellas denigrantes diferencias sólo adquieren una trascendencia histórica.

La ley civil distinguía a los hijos ilegítimos en naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Definía a los primeros diciendo que eran aquellos nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción pudieron casarse (arts. 311 y 324). Sólo a estos hijos la ley reconocía ciertos derechos, tales como el de accionar por reconocimiento de la filiación (art. 325); gozar de patria potestad, aunque atenuada (arts. 328 y 330); ser alimentados hasta los 18 años (art. 331) y poseer vocación hereditaria disminuida (arts. 337 y 3579, C. Civil).

A los adulterinos los conceptuaba como los procedentes de la unión de dos personas que, al momento de la concepción, no podían contraer matrimonio porque una de ellas o ambas estaban ya casadas (art. 338) y diciendo que eran incestuosos los hijos nacidos de padres que tenían impedimento matrimonial de parentesco (art. 339).

Los sacrílegos, por último, eran para el Código Civil los hijos provenientes de padre clérigo de orden mayor o de personas ligadas por votos solemnes de castidad en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica (art. 340), categoría ésta que fue la primera en desaparecer al dictarse la Ley de Matrimonio Civil (n° 2393), en el año 1888.

Esta ley en su artículo 112 estableció: "Deróganse todas las disposiciones de este Código relativas a hijos sacrílegos. Los que actualmente son llamados hijos sacrílegos tendrán la filiación que les corresponda según las disposiciones civiles que quedan vigentes".

La posición jurídico-social de estas tres últimas categorías era sumamente desventajosa, disponiendo el Código en el artículo 342: "Los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tienen, por las leyes, padre o madre ni parientes algunos por parte de padre o madre. No tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad".

En el artículo 344 se les negaba todo derecho sucesorio y de patria potestad y solamente por el artículo 343 se les concedía derecho de alimentos hasta los 18 años, pero siempre que hubieren sido reconocidos voluntariamente y se encontraran imposibilitados de poder proveer por sí a sus necesidades.

Esta injusta situación, que hacía recaer en los hijos la inconducta paterna, perduró hasta el año 1954, en que con fecha 3 de setiembre se sanciona la ley 14.367, conocida como ley de hijos extramatrimoniales, cuyas principales disposiciones veremos seguidamente.

Por el artículo 1° de la ley se suprimen las categorías mencionadas de hijos nacidos fuera de matrimonio, así como también toda discriminación pública u oficial entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales.

En el artículo 5° se establece que el Registro del Estado Civil sólo expedirá certificados de nacimiento redactados de forma que no resulte si la persona ha sido concebida o no durante el matrimonio, limitando la entrega de testimonios de partidas de nacimiento a los interesados.

El artículo 3° concede acción de filiación a todos los hijos extramatrimoniales; el artículo 8° eleva la porción hereditaria otorgándoles un derecho igual a la mitad del de

los hijos legítimos, en tanto que por el artículo 10 se les concede la patria potestad, sujetando a los responsables a las disposiciones penales de la ley 13.944 (de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar). En lo que hace al apellido, el hijo extramatrimonial ha pasado a ser regulado por la ley 18.248, que derogó en este aspecto el artículo 6º de la ley 14.367.

La ley sobre el nombre de las personas físicas establece: "Art. 5º. El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer opción, dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera. Art. 6º. El oficial del Registro del Estado Civil anotará con un apellido común al menor no reconocido, salvo que hubiese usado apellido, en cuyo caso se le impondrá éste. Si mediare reconocimiento posterior, el apellido se sustituirá por el del progenitor que lo reconociere, en la forma ordenada en el artículo anterior. Si fuese conocido por el apellido inscripto, estará facultado para mantenerlo, de acuerdo con las reglas del mismo artículo. Toda persona mayor de dieciocho años que careciere de apellido podrá pedir ante el Registro del Estado Civil la inscripción del que hubiese usado".

32. EL RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

a) *Concepto y naturaleza jurídica*

El reconocimiento es la institución de protección al menor por la cual, a través de la manifestación de voluntad paterna efectuada en la forma legalmente prevista, se admite una relación filial.

Este concepto nos adelanta la necesidad de que se produzca una declaración de voluntad por parte de quien afirma la realidad biológica. Con independencia de la concordancia que pueda existir entre dicha manifestación y la verdad de la filiación, por obra de ella se emplaza jurídicamente al reconocido en el correspondiente estado de familia, pudiendo sólo ser desplazado de éste por una acción específica de impugnación.

Entre las distintas explicaciones que se han ensayado en doctrina para encontrar el encuadre jurídico del reconocimiento, nos inclinamos decididamente por incluirlo entre las instituciones de la protección jurídica a la minoridad y, por tanto, integrando al Derecho de Menores.

Podrá sostenerse como crítica a esta concepción que el reconocido puede ser un mayor de edad y, efectivamente, así acontece. Mas sólo en razón de no haberse satisfecho oportunamente los requerimientos mínimos de tutela y protección puede la persona llegar a la mayoría de edad sin haber quedado emplazada en su verdadero estado filial.

El reconocimiento de la realidad biológica y las consecuencias que se derivan del establecimiento de la relación paterno filial deben ser lo más inmediatos posibles a la existencia del hijo. Si no se ha satisfecho con el deber de admitir la maternidad o la paternidad en forma inmediata ya el reconocimiento o la declaración judicial de la filiación participan de los elementos que determinan la intervención de los organismos de protección a la minoridad.

Lo excepcional será, entonces, que una persona arribe a su adultez mostrando total o parcialmente una filiación no establecida. Esa circunstancia extraordinaria, contraria al orden natural de las cosas y a los principios que rigen en el Derecho de Menores, no puede ser suficiente como para enervar la naturaleza jurídica del acto de emplazamiento, que aparece en consecuencia comprendido entre las típicas instituciones de protección al menor.

b) *Los sujetos del reconocimiento*

Para que pueda establecerse la relación paterno-filial derivada del reconocimiento deben darse dos presupuestos. El uno, vinculado con lo biológico, requiere que entre reconociente y reconocido medie una diferencia de edad que torne posible la filiación.

En lo que hace al restante presupuesto, no pudiendo la persona estar emplazada al mismo tiempo en estados de familia inconciliables, no podrá reconocerse a quien esté ya reconocido por una persona del mismo sexo que la que quiere reconocer, o haya sido emplazado judicialmente en igual forma; o a quien sea hijo legítimo.

La persona por nacer puede ser reconocida. Tratándose de la madre no existe obstáculo alguno, pero tratándose del padre media la circunstancia derivada de lo dispuesto en el art. 334 Cód. Civil, el cual prohíbe la mención del otro progenitor.

Oportunamente hemos dado las razones que nos determinan a adherir a la solución que admite el reconocimiento también en este segundo supuesto⁽¹⁾ siendo la misma la que concilia con la orientación general proteccional de las normas e instituciones del Derecho de Menores.

En cuanto a la edad mínima para reconocer, el art. 286 del Cód. Civil establece la de catorce años, pese a que por

(1) D'ANTONIO, D. H., *Patria Potestad* cit., p. 56.

el art. 41 Decreto-ley 8204, del año 1963, se posibilita igualmente el reconocimiento por la mujer cuando, sin tener la edad requerida, hubiese concebido y para el varón si es autorizado judicialmente.

Dicho decreto-ley, no obstante, menciona como edad para efectuar el reconocimiento la requerida para contraer matrimonio, que en el caso del menor varón no concuerda con la fijada en el mencionado art. 286 Cód. Civil.

En nuestra opinión, que tenemos la satisfacción de haber sido receptada en doctrina por la Dra. Méndez Costa⁽²⁾, dicha limitación sólo rige tratándose del reconocimiento efectuado ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas y no incide respecto de las demás formas de reconocimiento.

c) *Formas del reconocimiento*

El artículo segundo de la ley 14.367 establece las formas del reconocimiento expresado: "Podrá ser hecho por el padre o por la madre, conjunta o separadamente: 1º) Por declaración ante el oficial del Registro Civil, formulada en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; 2º) Por instrumento público o privado; 3º) Por disposición de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental".

(2) MÉNDEZ COSTA, M. J., *Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad*, en *La Ley*, del 10 de marzo de 1980. En este trabajo la autora pone en evidencia las dudas y dificultades que se presentan en lo vinculado con el ejercicio de la patria potestad por los padres menores, quienes permanecen en condición de incapaces, cuando se trata de la celebración de negocios jurídicos. Otra cuestión que se suma a tan delicado aspecto es el derivado de la nulidad del matrimonio del menor, ya que quedando sin ningún efecto la emancipación (art. 132 Cód. Civil), la ley de Matrimonio Civil contempla que los hijos habidos en el matrimonio nulo permanecen sujetos a la patria potestad de sus padres de buena fe, y aun el de mala fe en el matrimonio putativo se encuentra sujeto a las obligaciones de patria potestad (art. 87, inc. 3º y art. 88, inc. 3º, ley 2393). En nuestra opinión prevalece la norma del Código Civil, por la cual los menores vuelven a la potestad de sus padres al anularse el matrimonio cuando han sido de mala fe y, siendo incapaces, no podrán ejercer la patria potestad de los hijos habidos en el matrimonio, sin perjuicio de las obligaciones derivadas de la filiación.

La primera parte del artículo consagra el carácter personal del reconocimiento y establece la forma más usual de efectuar la manifestación declarativa de filiación.

Cuando el reconocimiento se realiza conjuntamente con la inscripción es simultáneo a la denuncia del nacimiento, traducido en un solo acto de consecuencias múltiples.

Cuando el reconocimiento es posterior a la inscripción, denuncia y reconocimiento constituyen dos actos independientes.

Ello trae aparejadas consecuencias no siempre advertidas por los padres extramatrimoniales ni suficientemente aclaradas por las oficinas públicas del Registro del Estado Civil y que, por incidir fundamentalmente en la filiación del menor, requiere máxima atención, sobre todo por los profesionales del Servicio Social.

Es frecuente que la madre o el padre extramatrimonial no efectúen por sí mismos la denuncia del nacimiento de su hijo, quedando dicha tarea a cargo de la dirección del establecimiento sanitario o del personal administrativo del mismo. En tales supuestos, es corriente que el progenitor considere que el niño ya está reconocido.

Pero en razón de que, como hemos visto, el reconocimiento tiene carácter personal, no es posible que ello haya ocurrido ni aun cuando la denuncia del nacimiento haya sido efectuada por el progenitor extramatrimonial, ya que el Código Civil dispone que "En el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos..., es prohibido declarar el nombre de la persona en quien o de quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo tenga ya reconocido" (art. 334).

En consecuencia, resulta sumamente importante que se advierta a los progenitores extramatrimoniales que siempre deberán concurrir en forma personal a efectuar el reconocimiento de su hijo, detallándoles la trascendencia que dicho acto posee.

El reconocimiento que se autoriza realizar mediante instrumento público o privado pone en evidencia la amplitud de situaciones en que puede darse el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, pues se comprende tanto la manifestación formulada ante un escribano público como la efectuada en cualquier clase de documentación y hasta los supuestos de reconocimientos incidentales, que son los que se producen en actos o diligencias cuya finalidad no era determinar la filiación sino otra distinta (por ejemplo, reconocimiento en una declaración prestada judicialmente en una causa por desalojo o en un sumario criminal).

En tanto el instrumento privado pueda ser fehacientemente atribuido a la persona que reconoce, sea por ser manuscrito o por encontrarse rubricado, el reconocimiento será válido y producirá todos sus efectos.

El último supuesto legal se refiere al reconocimiento concretado en un testamento, a los que también hace referencia el artículo 333 del Código Civil pero al cual la ley 14.367 agrega la irrevocabilidad propia de todo reconocimiento.

33. DECLARACION JUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Cuando al hijo se le desconoce por sus progenitores su filiación, negándose los padres a reconocerlo, ábrese la posibilidad de que jurídicamente quede reflejada la realidad biológica mediante una declaración jurisdiccional que emplace al reclamante en su verdadero estado de familia.

Aun cuando esta posibilidad aparezca en la actualidad como una prerrogativa innegable, es sólo recientemente que el Derecho acepta que todos los hijos nacidos fuera de matrimonio puedan accionar en el sentido indicado y todavía hoy es dado observar en ciertas legislaciones restricciones a modo de requisitos exigibles para que la acción quede expedita.

Nuestra legislación ha sido en este aspecto de singular avanzada. En efecto, en la época en que se sancionó el Código Civil la indagación de la paternidad era sumamente restringida, pese a lo cual Vélez Sársfield la admitió sin reservas para los hijos naturales.

En el art. 325 Cód. Civil, al par de reconocerse el derecho de los hijos naturales a reclamar su filiación, se establece la admisión de todas las pruebas procesalmente receptadas a los fines de investigar la paternidad o maternidad.

En la famosa nota al mencionado artículo el Codificador critica con énfasis las legislaciones que han puesto obstáculos o negado el ejercicio de la acción de reclamación de estado a los hijos ilegítimos.

Al equipararse todos los hijos nacidos fuera de matrimonio a la misma condición de extramatrimoniales por obra de la ley 14.367, el ejercicio de la acción de filiación corresponde a todos los hijos por igual.

La sola excepción a la amplitud de ejercicio de la acción se encuentra en el art. 326 Cód. Civil, que establece la prohibición de indagar la maternidad cuando se trate de atribuir un hijo a una mujer casada.

El obstáculo —que se fundamenta en la presencia de valores que es preciso resguardar, evitando el escándalo y conductas extorsivas— refiérese a la mujer actualmente casada, no rigiendo para la viuda ni respecto de una mujer ya fallecida.

La acción de reclamación de filiación extramatrimonial debe deducirse en vida de los padres, como principio general. Una vez fallecido el sedicente progenitor la acción se ve influida por la exigencia legal (agregada al art. 325 por la ley de fe de erratas del Código Civil), en el sentido de que se refuerza el objeto de prueba, ya que además de todos los presupuestos a acreditar para que el juez tenga por cierta la filiación que se reclama, deberá mostrarse la posesión de estado.

En lo que hace a la actividad probatoria, ello constituye uno de los temas más delicados entre los elementos de la protección jurídica al menor. Se encuentra en todo momento presente el aspecto de la atribución de filiación, por lo que el juicio conclusivo del sentenciante debe encontrarse siempre asentado en prueba concluyente.

Los medios de prueba pueden resultar diversos, mas siempre estarán orientados a evidenciar la realidad del vínculo biológico que se invoca y se pretende reflejar en lo jurídico.

34. LEGITIMACION

La legitimación es una institución en virtud de la cual los hijos extramatrimoniales nacidos de padres que a la época de la concepción no tenían impedimento para casarse adquieren, por el posterior matrimonio de éstos, la condición de hijos legítimos.

La legitimación es definida en el Código Civil por el artículo 311, disposición modificada por la ley 17.711 que agregó un párrafo en el sentido de que el hijo concebido con posterioridad a los plazos de ausencia con presunción de fallecimiento queda legitimado por el matrimonio de sus padres.

Como requisito para que proceda la legitimación, la ley civil establece que los hijos deben encontrarse reconocidos con anterioridad a la celebración del matrimonio, o reconocerse en el acto del casamiento, o ser reconocidos dentro de los dos meses subsiguientes a las nupcias (art. 317).

Sin embargo, los tribunales admiten que, aun cuando se encuentre excedido el plazo mencionado ulteriormente, puede legitimarse si se demuestra que existió posesión de estado, es decir, si medió trato recíproco de padre a hijo, se utilizó el apellido paterno y socialmente se consideró entablada la relación paterno-filial.

La legitimación produce efectos desde la fecha de la celebración del matrimonio (art. 319, C. Civil), es decir que no se retrotrae al tiempo del nacimiento de los hijos.

Es de destacarse que la notable trascendencia que posee la institución no resulta siempre advertida.

No son pocos los matrimonios que por infundados prejuicios, por desconocimiento o insuficiente información se abstienen de legitimar a los hijos habidos durante la unión concubinar, ocasionando de tal manera un perjuicio de proporciones a su prole.

La labor del Servicio Social es, en este como en muchos aspectos de las relaciones de familia del menor, sumamente importante ya que con un accionar oportuno e idóneo permitirá que se otorgue al menor el beneficio que la ley procura concederle, colocándolo en la misma situación del hijo legítimo.

35. LEGITIMACION DEL HIJO CONCEBIDO EN ADULTERIO

Un singular planteo interpretativo ha dado lugar a que en algunos fallos se admitiera la legitimación de hijos concebidos en una relación adúltera cuando, desaparecido el impedimento de ligamen, los padres contraen matrimonio.

La redacción del art. 311 Código Civil, mantenida luego de la reforma operada en el año 1968, no deja en nuestro concepto lugar a dudas de que subsiste el requisito de la aptitud nupcial de los progenitores al tiempo de la concepción del hijo.

Aun cuando esta conclusión pueda aparecer como contraviniendo intereses de los menores, sería una falsa controversia oponerlos a intereses sociales prevalecientes, como lo son los que se refieren a la protección del matrimonio y de la familia.

Es, precisamente, con la defensa de estas últimas instituciones que se concreta de manera más eficaz la protección

jurídica de la minoridad. Y al Derecho de Menores no puede interesarle que las normas beneficien al menor en desmedro de lo que constituyen los instrumentos más relevantes en la esfera de su protección, es decir, de la unión matrimonial y del núcleo familiar sustentado en ella.

36. PATRIA POTESTAD

Al prologar esta obra hemos adelantado que en la misma tendremos como propósito esencial dejar destacada las instituciones y los elementos que conforman la protección jurídica a la minoridad y, consiguientemente, el Derecho de Menores.

Mas, siendo la meta de dicha protección una disciplina jurídica autónoma y totalmente desarrollada, hace a una inmediata y posterior tarea el profundizar cada una de las respectivas instituciones remarcando su condición de elemento integrante del Derecho de Menores y la orientación dada por los principios vigentes en esta disciplina.

Así hemos pretendido hacerlo oportunamente con la patria potestad, señalando que, entendida modernamente como institución orientada primordialmente al resguardo del hijo y ampliado el campo de su vigencia por la comprensión de los hijos extramatrimoniales, ella aparece como uno de los elementos concurrentes en la función de protección a la minoridad ⁽³⁾.

En consecuencia, remitimos para el tratamiento de esta institución al desarrollo de la misma en el trabajo aludido, sin perjuicio de lo cual pondremos seguidamente de relieve los aspectos más caracterizantes de la patria potestad, así como pretendemos hacerlo en relación a las restantes instituciones del Derecho de Menores, cada una de las cuales requerirá un detenido y completo análisis, independiente de este libro.

⁽³⁾ D'ANTONIO, D. H., *Patria Potestad*, p. 18.

37. LA RELACION PATERNO-FILIAL Y LA PATRIA POTESTAD

La relación paterno-filial que se entabla entre los seres humanos con motivo de la procreación da lugar a una serie de responsabilidades y facultades que muestran naturaleza social, moral y jurídica. Ellas se ponen de manifiesto cuando no se complimentan, de modo similar a lo que ocurre en el individuo cuando su estado de salud en equilibrio es quebrado por una afección.

Al incumplirse un deber paterno la sociedad toda detecta la situación anormal. A nadie extraña ni llama la atención el amor y los cuidados que cotidianamente brindan los padres a sus hijos; nadie advierte sus sacrificios y vicisitudes.

Pero si un padre omite tales resguardos, si maltrata a su hijo o no le permite educarse entonces sí emerge su conducta en el plano social y se advierte que aquello que los progenitores realizaban como un accionar intrascendente constituía un deber de contenido social que, al no efectivizarse, puso en peligro la organización toda.

Pensemos en un tercero que pretenda negar a la madre la tenencia de su hijo injustificadamente. De inmediato advertiremos que la tenencia constituye un esencial derecho paterno y que su violación trastoca las leyes humanas y naturales.

En consecuencia, todo lo vinculado con la relación paterno-filial se reviste de connotaciones sociales las cuales marcan, en primer término, que al incumplimentarse hacen peligrar a la sociedad toda. En segundo lugar, colocan al menor en una situación de aparente privilegio, pero que esencialmente tiende a lograr su protección por parte de quienes resultan los primeros obligados para con su persona.

Sentadas estas premisas definimos a la patria potestad como el complejo funcional de derechos y deberes, reflejo de

la filiación, que corresponde a los padres respecto de cada uno de sus hijos en tanto éstos permanezcan en estado de minoridad o no se hayan emancipado, y que reconoce como finalidad lograr el pleno desarrollo personal de los hijos.

El artículo 264 del Código Civil, modificado por la ley 10.903, la define como "el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, desde la concepción de éstos y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado".

La Ley Agote completó el concepto que el Código daba, agregando las palabras "y obligaciones" para insistir sobre el aspecto deber del complejo funcional.

Dentro de este complejo de derechos y deberes se distinguen los que pasamos a estudiar seguidamente.

1. *Guarda*. Los padres tienen la obligación de otorgar resguardo material a sus hijos en el hogar familiar o en el domicilio de otras personas y, a su vez, los hijos tienen el deber de permanecer en tales lugares (arts. 265 y 275 del C. Civil).

Si los hijos no cumplen con dicha obligación los padres pueden recurrir a cualquier autoridad pública para lograr que se reintegren al lugar donde se encontraban (art. 276, C. Civil), razón por la cual con la sola acreditación del vínculo los organismos de protección, especialmente las policías del menor o juveniles, deberán actuar.

Es claro que si se detecta un grave problema que afecte al menor y que lo haya determinado a alejarse del hogar, el derecho del progenitor cederá y dará lugar a la función tutelar del organismo, pues de ningún modo se trata de un derecho absoluto que pueda ser ejercido sin limitaciones.

2. *Asistencia*. La obligación de asistencia muestra dos aspectos. El primero está constituido por la cumplimentación del deber alimentario, que es recíproco y se basa en el parentesco (arts. 265 y 367 del C. Civil). En consecuen-

cia, este deber no cesa si el padre es sancionado con la pérdida de la patria potestad u otra modalidad del instituto.

En un segundo aspecto el deber de asistencia comprende la tarea de educar al hijo (art. 265 del C. Civil), que no sólo se concreta con la recepción de la instrucción mínima sino que abarca lo referido a la formación espiritual del menor, aspecto de trascendencia innegable y muchas veces delegado en terceros u olvidado.

En lo que hace al hijo, este deber incluye las obligaciones de respeto y obediencia; cuidado en la ancianidad, demencia o enfermedad y demás auxilios necesarios para sus padres (art. 266, C. Civil).

3. *Representación.* Siendo el menor un incapaz de hecho, es decir, un incapaz para ejercer los derechos de los que es titular, requiere se le otorgue un representante que supla tal incapacidad (ver supra, VI, § 24).

Por cierto que dada la trascendencia que para los intereses del menor posee la representación, ésta no puede recaer en otra persona que la más allegada y sólo a falta de ella será procedente la designación de un tercero.

En consecuencia, la representación debe recaer en quienes son titulares de la patria potestad, eligiéndose entre ellos a quien posee la facultad de ejercitar el derecho. Por tal razón el Código Civil, en su artículo 56, establece que los incapaces adquieren derechos o contraen obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley, y en el artículo 57 dispone: "Son representantes de los incapaces: 1º) de las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; 2º) de los menores no emancipados, sus padres o tutores".

La representación que se otorga a los padres es general, ya que el artículo 62 del Código Civil expresa que "es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados por este Código".

La representación paterna se ejerce con el contralor del Ministerio de Menores, titular de la representación promiscua.

4. *Administración.* Los padres que poseen el ejercicio de la patria potestad tienen a su cargo la administración de los bienes pertenecientes a sus hijos menores, correspondiéndoles conservarlos y vigilarlos, procurando que no disminuyan en su valor (ar. 293, C. Civil).

En consecuencia, en circunstancia alguna puede el progenitor disponer de los bienes filiales, pero la ley contempla que, con autorización judicial, se puedan vender o gravar tales bienes o realizar otros actos (art. 297, C. Civil), pero ello se producirá siempre que el juez considere de toda necesidad o conveniencia la operación, cuidando sobre todo que el producido de ella se destine a satisfacer necesidades del menor o se reinvierta en su beneficio.

Cabe recordar la tarea de contralor que le corresponde al Ministerio de Menores en este aspecto, la cual adquiere suma trascendencia en los supuestos indicados, así como en lo que atañe a la disposición del dinero propio de los hijos menores proveniente de seguros de vida por parte del progenitor supérstite. El depósito, que se encuentra a la orden del juez en lo civil y a nombre de los menores, no puede ser retirado sin la autorización judicial, previa opinión vertida al respecto por el Ministerio de Menores.

En tales casos suele autorizarse la colocación de los fondos en cajas de ahorros bancarias, las que producen un interés susceptible de ser percibido por el progenitor de manera directa en virtud de tratarse de frutos del capital del menor, no disminuyéndose el mismo.

5. *Usufructo.* El usufructo es el derecho que poseen los padres consistente en usar y gozar de los bienes propios de sus hijos en tanto éstos se encuentren bajo la patria potestad.

El artículo 287 del Código Civil lo define en términos similares y detalla los bienes que se encuentran afectados a este derecho paterno, indicándose que son los que el hijo adquiere por servicios civiles, militares o eclesiásticos; por su trabajo o industria (ver art. 128, C. Civil, modificado por ley 17.711, de 1968); los que recibe por caso fortuito, juego, apuestas, etc., y los que herede por incapacidad del padre para ser heredero.

El usufructo, como todos los restantes derechos-deberes paterno-filiales, se encuentra directamente vinculado con la subsistencia de la patria potestad (ver sobre la obligación de asistencia alimentaria, en este capítulo, § 37, 2).

La diferencia que existe entre este derecho y el del mismo nombre perteneciente a los derechos reales ha sido puesto de manifiesto (*), no obstante que el Código Civil lo incluye dentro de estos últimos (art. 2816).

38. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Ejercer la patria potestad significa tener la facultad de poner en movimiento el complejo de funciones paternofiliales, actuando el derecho.

Sobre cuál de los progenitores debe ejercer este derecho es problema solucionado de distinta manera en las legislaciones.

La mayoría se inclina por otorgárselo al padre y tal es la solución consagrada en nuestro derecho para el caso de los hijos legítimos. Ello coincide perfectamente con la concepción institucional de la familia, que requiere que la dirección y el contralor recaigan sobre uno de los dos progenitores a fin de no dar lugar a conflictos que puedan afectar a todo el grupo familiar.

Precisamente, el ejercicio de la patria potestad por el padre es uno de los tres derechos que actualmente se le con-

(*) Ver voto del Dr. Tobal en *Plenario Cám. Civ. Cap.*, El Derecho, T. I, p. 1037; *Jurisprudencia Argentina*, T. 43, p. 1141.

cede a éste y que lo ubica como cabeza de la familia institucional, sin perjuicio del decisivo papel que le corresponde a la madre como titular del derecho de patria potestad y que determina la necesidad de oír la en todo lo que atañe a la vida familiar.

De entre los derechos que se le conceden al padre —el de elección del domicilio conyugal (art. 53, Ley de Matrimonio Civil) y el de elección del nombre de los hijos (art. 2º, ley 18.248)— es el ejercicio de la patria potestad el más importante, pues ubica al padre en una posición de jefe de familia, facultándolo a dirimir las controversias que puedan suscitarse en el seno del hogar y decidir en última instancia en los conflictos o diferencias de opinión que lleguen a existir.

Al carecer nuestra organización jurídica de una superestructura familiar a la cual se pueda recurrir en caso de conflictos familiares, corresponde al padre la facultad decisoria sin perjuicio de procurar, en casos de difícil solución, el asesoramiento de profesionales expertos en relaciones familiares.

a) *Ejercicio en los hijos matrimoniales.*

Como queda dicho, en la familia basada en el matrimonio le corresponde al padre el ejercicio de la patria potestad.

En defecto del padre, sea porque ha fallecido o porque ha sido sancionado con alguna de las modalidades que enervan su derecho, el ejercicio de la patria potestad pasa a la madre. Así lo dispone el artículo 264 del Código Civil en su segundo párrafo, respondiendo en consecuencia a la concepción institucional de la familia, sobre la cual insistiéramos.

b) *Ejercicio en los hijos extramatrimoniales.*

Producida en nuestro derecho la ya mencionada evolución que culminara con la equiparación de todas las categorías de hijos nacidos fuera de matrimonio, obra de la ley 14.367, ha quedado, no obstante, sin ser esclarecido a cuál

de los progenitores extramatrimoniales le corresponde ejercer la patria potestad.

Formulada por el codificador la distinción entre hijos legítimos, naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos, pareció otorgar a los primeros una situación que muchos asimilaron a la de los hijos matrimoniales al decir el artículo 328 que el padre y la madre tienen sobre sus hijos naturales los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre sus hijos.

Con la sanción de la Ley de Patronato —nº 10.903— y considerando la nueva redacción dada al artículo 264 del Código Civil, la madre natural pareció era colocada en una situación preferencial, pero la jurisprudencia entendió que cedían sus derechos ante los superiores intereses del hijo, en caso de que el ejercicio de la patria potestad por la madre le resultara inconveniente.

La ley 11.357, sobre los derechos civiles de la mujer, estableció en su artículo 2 que la madre natural poseía los mismos derechos que la legítima, al igual que el padre que voluntariamente hubiere reconocido a su hijo natural.

La ley 14.367 abarcó a todos los hijos extramatrimoniales con la patria potestad, señalando en su artículo 10: "Los deberes inherentes a la patria potestad son extensivos a los progenitores de los hijos nacidos fuera del matrimonio, durante todo el término de la minoridad de estos últimos y de igual modo las responsabilidades y sanciones impuestas por la ley 13.944".

Del texto de las leyes precitadas emerge en forma destacada que no se han pronunciado acerca del ejercicio de la patria potestad por uno u otro progenitor, ni han establecido normas que permitan dilucidar los problemas que se pudieran suscitar respecto del ejercicio de tal derecho.

Esta omisión legislativa ha llevado a los autores y tribunales a posiciones referidas a la situación y que pueden reseñarse en los siguientes supuestos: a) si el menor ha sido reconocido por sólo uno de sus progenitores, éste ejerce la

patria potestad; b) si el menor es reconocido voluntariamente por uno de sus padres y judicialmente por el otro, el que reconoció voluntariamente ejerce la patria potestad; c) si el reconocimiento de ambos es forzoso, ejercerá la patria potestad quien tenga la guarda del menor; y d) si ambos progenitores han reconocido al menor y no viven juntos, se prefiere al que posee la tenencia del menor, siempre que sea idóneo. Pero si los progenitores conviven o ninguno de ellos se han hecho cargo del menor, la doctrina sostiene que la patria potestad la ejerce el padre, por asimilación a lo que ocurre en el caso de los hijos legítimos.

Pero nos parece que esta asimilación, como así otras soluciones que se dan para los supuestos indicados, olvidan que en el caso de los hijos extramatrimoniales la tenencia reviste carácter de esencial, pues en esta relación de hecho el progenitor que tiene consigo al menor debe excluir totalmente a quien ha relegado sus facultades y no ha asumido sus obligaciones.

Resulta paradójico que, a modo de ejemplo, una menor bajo la guarda de una familia que la ha criado y educado deba recurrir a su padre extramatrimonial para solicitarle la autorización para casarse. Por ello propiciamos que siempre la tenencia del menor, en los casos de los hijos extramatrimoniales, constituya el factor determinante del ejercicio de la patria potestad y que, en el caso de que ambos progenitores convivan con el menor, se dé preferencia a la prioridad en el reconocimiento, ya que no existe fundamento alguno para conceder el ejercicio de la patria potestad al padre, con exclusión total de la madre.

39. MODALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se encuentra sujeta a una serie de modalidades jurídicas que van desde la desaparición total y absoluta del complejo de derechos-deberes paternofiliales hasta su desmembramiento en aspectos sólo parciales.

Nos detendremos en ellas comenzando por la que significa un fenecimiento irrevocable de la patria potestad derivado de circunstancias ajenas al progenitor o no culposas.

a) *Extinción.*

La extinción de la patria potestad hace desaparecer definitivamente a la institución con todos sus efectos. El artículo 306 del Código Civil enumera una serie de casos que usualmente se agrupan en doctrina como constitutivos de supuestos de extinción. Dice este artículo: "La patria potestad se acaba: 1º) Por la muerte de los padres o de los hijos; 2º) Por profesión de los padres, o de los hijos con autorización de aquéllos, en institutos monásticos; 3º) Por llegar los hijos a la mayor edad; 4º) Por emancipación legal de los hijos, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización" (texto ordenado por leyes 10.903 y 17.711).

En realidad, de los casos enumerados por el art. 306 Código Civil, sólo la muerte, la mayoría de edad y la emancipación por subsiguiente matrimonio extinguen la patria potestad. Tanto la profesión religiosa como la adopción en el derogado régimen de la ley 13.252 —que algunos autores consideraban como determinante de la extinción de la patria potestad⁽⁵⁾— no extinguen la institución sino que la suspenden integralmente en tanto puede ser restituida nuevamente al progenitor.

En cambio ello sí ocurre en el tipo de adopción plena, establecido por la ley 19.134, del 21 de julio de 1971, ya que al tener como efecto la extinción del parentesco de origen del menor y todos los efectos jurídicos emanados de la filiación

(⁵) Ver nuestro artículo *Efecto de la adopción sobre la patria potestad de los padres de origen*, El Derecho, T. 26, p. 881, donde hacemos la crítica de la posición señalada.

de sangre, extingue igualmente en forma irrevocable la patria potestad.

En lo que hace a la habilitación de edad (ver Cap. III, § 22, b) y la adopción simple, ellas no extinguen la patria potestad sino que la suspenden, pues al ser revocadas el complejo paternofilial renace en plenitud.

b) *Pérdida.*

Con la pérdida de la patria potestad entramos a considerar las modalidades que se basan generalmente en la presencia de una conducta sancionable del progenitor.

La pérdida de la patria potestad es la más grave de las sanciones que puedan decretarse, pues aparta al progenitor de manera total e irrevocable del complejo de derechos-deberes.

El Código Civil, en su artículo 307, enumera los distintos casos en que se producen causales de pérdida de la patria potestad. Son ellos: 1º) delito cometido contra el hijo; 2º) exposición o abandono; 3º) consejos inmorales o colocación dolosa en peligro material o moral.

El primero de los supuestos constituye la lógica sanción para el accionar deleznable del padre. Pero debe tratarse de un delito doloso, es decir que quedan excluidos los delitos cometidos a título culposos.

Podría considerarse excesiva la sanción para el caso de un padre que ocasionara lesiones leves a su hijo en ejercicio del poder de corrección que posee. Pero el Código Penal contempla en su artículo 34, inciso 4º, al cumplimiento de un deber como causal excluyente de punibilidad —causal de justificación— que será procedente siempre que no se haya excedido en su conducta, según las circunstancias del suceso.

Para que proceda la pérdida de la patria potestad debe acreditarse la causal en juicio civil ordinario, requiriéndose la sentencia que la declare, la cual, una vez firme será trans-

cripta en su parte resolutive en la partida de nacimiento del menor.

La ley civil hace referencia a la exposición, entendiéndose por ella la colocación del menor en una situación de grave peligro para su persona, implicando dejarlo sin resguardo con la eventual expectativa de que terceros vendrán en su auxilio.

Es notorio que la situación aludida se encuentra comprendida en el amplio concepto que del abandono hemos formulado al estudiar dicho estado (ver Cap. II, § 10).

A igual conclusión arribamos respecto de los consejos inmorales o la colocación voluntaria del menor en peligro material o moral. En todos estos supuestos media una abdicación manifiesta de los derechosdeberes paternos lo cual lleva a una desprotección determinante de la sanción.

Recordemos, además, que por aplicación del artículo 7º de la ley 22.278 —que regula a los menores incurso en hechos ilícitos— pueden los jueces del crimen o jueces de menores intervinientes, decretar la pérdida de la patria potestad o las demás sanciones a que se encuentra sujeta la institución, respecto de los progenitores de los menores que arriban a conocimiento del tribunal con motivo de un hecho ilícito.

c) *Pérdida y suspensión del ejercicio.*

La pérdida del ejercicio de la patria potestad es una sanción de carácter objetivo que, tomando en consideración la mala personalidad evidenciada por el padre a través de sus condenas, enerva la facultad de actuar el derecho.

El artículo 308 del Código Civil delimita el supuesto de procedencia expresando que pierde el ejercicio de la patria potestad el progenitor que haya sido condenado por delito grave o que haya sido objeto de varias condenas. Como se observa, se trata de una presunción de deficiente e inidónea

personalidad que, de manera indirecta, viene a incidir sobre la patria potestad.

La medida sancionadora puede ser dejada sin efecto cuando se evidencia una superación de la peligrosidad o de la reincidencia y han transcurrido por lo menos dos años desde que se la decretó (art. 12, ley 10.903, de Patronato del Estado).

La suspensión del ejercicio de la patria potestad es una medida que afecta igualmente la facultad de poner en movimiento el derecho pero que se basa en razones que difieren por su naturaleza y origen, lo cual da lugar a que se restituya el ejercicio una vez superados tales obstáculos o situaciones.

Procede esta medida cuando los padres se encuentran ausentes, ignorándose su paradero, así como también cuando padecen de insania (art. 309, párr. 1º, C. Civil).

Igualmente, se decreta la suspensión del ejercicio de la patria potestad si los padres tratan a sus hijos con excesiva dureza; si son ebrios consuetudinarios o con su conducta comprometen la salud, seguridad o moralidad del menor (art. 309, párr. 2º, C. Civil).

Esta sanción tiene un plazo de duración señalado en la ley civil oscilando entre un mes y la mayoría de edad del hijo. Empero, como se advierte sin esfuerzos, ciertos casos no se ajustan a la fijación de un término, pues se encuentran supeditados a factores que no es posible predeterminedar temporalmente (ausencia; insania). Igualmente, en ciertos supuestos la sanción no obedece a conductas reprochables del progenitor, sino que se basa en la necesidad de enervar temporariamente la institución para colocar al menor bajo otra representación legal, sometiénolo a tutela.

Al igual que la privación del ejercicio, la suspensión puede dejarse sin efecto en la situación contemplada por el artículo 12 de la Ley Agote. Empero, ello sólo será viable cuando se la haya impuesto como sanción.

Digamos, por último, que todo el articulado legal referido a estos tres tipos de modalidades —pérdida de la patria potestad, pérdida y suspensión del ejercicio— requiere una reforma integral que delimite con mayor justeza los supuestos y las consiguientes sanciones.

d) *Otras modalidades.*

Existen casos en que la patria potestad se encuentra sometida a situaciones especiales, que no encuadran en ninguna de las formas que hemos visto anteriormente. Se trata de aquellos casos en los cuales la patria potestad se muestra suspendida integralmente, tanto en su titularidad como en el ejercicio, a la espera de que una circunstancia determinada la restablezca en cabeza del progenitor.

Entendemos que tales supuestos de suspensión íntegra de la patria potestad se producen en los siguientes casos:

- a) Profesión religiosa (art. 306, inc. 2º, C. Civil);
- b) Adopción simple (art. 22, ley 19134);
- c) Habilitación de edad por el padre (art. 131, C. Civil, texto ordenado por ley 17.711).

En todos estos casos la patria potestad es susceptible de ser restablecida, pero mientras dura la situación respectiva se encuentra suspendida en su titularidad y en su ejercicio.

Además de lo expuesto, la patria potestad se desmembra cuando se la priva de uno de sus elementos, como por ejemplo, cuando se quita al padre la guarda de su hijo para ser éste ingresado en un establecimiento de protección.

En estas situaciones se conservan la titularidad y el ejercicio —exceptuando el ejercicio del progenitor extramatrimonial que, a nuestro entender, requiere siempre la efectiva tenencia—, pero desaparece un aspecto esencial de la institución.

En caso de divorcio, el otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los esposos no incide ni sobre la titularidad ni respecto del ejercicio de la patria potestad por el otro progenitor. Ello responde al carácter no vincular de nuestro divorcio, que deja subsistentes ciertos vínculos procurando no afectar en lo posible la relación paterno-filial aun cuando los cónyuges se separen.

Igualmente, debe señalarse el caso de la intervención de los organismos de protección a la minoridad cuando es necesario hacer cesar una situación afligente para un menor que tiene como protagonista a su padre. En tales situaciones, los códigos de procedimientos civiles traen generalmente disposiciones por las que se faculta al Ministerio de Menores a solicitar al juez civil que decrete el depósito del menor en lugar seguro, avanzándose de tal forma sobre la patria potestad al privarse al progenitor de la tenencia momentánea del hijo, en resguardo del propio menor.

En estas situaciones, los tribunales de menores actúan de oficio o a petición de los organismos de protección restantes, así como también ante la noticia traída por terceros.

40. SINTESIS DE LAS VICISITUDES A QUE SE ENCUENTRA SOMETIDA LA PATRIA POTESTAD

Procurando sintetizar las diversas situaciones que comprometen la vigencia de la patria potestad enervándola totalmente o avanzando sobre determinados aspectos del complejo funcional de derechos-deberes observamos los siguientes casos:

A) EXTINCION

- { mayoría de edad - art. 306 inc. 3º Cód. Civil
- { muerte - art. 306 inc. 1º Cód. Civil
- { matrimonio - art. 306 inc. 4º Cód. Civil
- { adopción plena

