

708

21482

CATALOGADO



**ASPECTOS JURIDICOS E INSTITUCIONALES DEL PROBLE-
MA DEL MENOR EN LA PROVINCIA DEL NEUQUEN.
ANALISIS PRELIMINAR.**

708
Neuquen

Dirección de Operaciones

Departamento: Asuntos Sociales

Jefe del Departamento: Dr. Oscar Andrés Natale

Autoras: Dra. Teodolina Dicono

Dr. Tomás Hutchinson

Buenos Aires, Febrero de 1977

ASPECTOS JURIDICOS E INSTITUCIONALES DEL PROBEEMA DEL MENOR EN LA PROVINCIA
DE NEUQUEN. ANALISIS PRELIMINAR.

1.- Legislación sobre menores.

1.1. Legislación Nacional.

1.1.1. Aspectos Civiles.

1.1.2. Aspectos Penales.

1.1.3. Aspectos Laborales.

2.- Legislación provincial.

2.1. Poder Judicial.

2.2. Dirección provincial de la Familia y la Minoridad.

3.- Conclusiones.

1.- Legislación sobre menores.

El régimen jurídico que rige a los menores debe analizarse de acuerdo con la distribución de facultades establecida en la Constitución Nacional, por la que las Provincias conservan todo el poder que no hubieran delegado a la Nación (art. 104). Este principio da la fisonomía propia del federalismo argentino y permite el funcionamiento coordinado de dos esferas de gobierno, determinando dos órbitas de legislación. Es así que por el art. 67 inc. 11 de la citada Constitución, es facultad del Congreso Nacional dictar los Códigos civil, comercial, penal, de minería y del trabajo y seguridad social.

En tal sentido dichos cuerpos legales, como así diversas leyes específicas que los modifican o legislan sobre aspectos parciales vinculados con los menores, han configurado la regulación básica referida a los mismos, determinando su capacidad, filiación, patria potestad, imputabilidad, régimen de trabajo, etc. De ésto resulta una acentuada dispersión de normas, criticada por los especialistas que consideran necesaria su codificación, o al menos su sistematización orgánica.

En cuanto a la materia susceptible de ser regulada por la Provincia, dentro de la esfera de poderes reservados, pueden separarse tres aspectos:

- 1) Legislación en cuestiones referidas al denominado poder de policía, en materia de seguridad, salubridad y moralidad de menores; reglamentaciones del Poder Ejecutivo y ordenanzas municipales. Debe agregarse, además la posibilidad de que los órganos provinciales sancionen determinados hechos u omisiones de tipo contravencional vinculados a la materia.
- 2) Aplicación de las leyes (nacionales y provinciales) mediante la organización de la justicia y el procedimiento judicial.
- 3) Ejecución de las normas jurídicas por medio de los organismos administrativos que la provincia cree a ese efecto.

Asimismo, en lo referente al amparo y protección de los menores y en general a las medidas que tiendan a su bienestar,

2./

resultan de la acción concurrente tanto de la Nación como de la Provincia de acuerdo con los art. 67 inc. 16 y 107 de la Constitución Nacional.

1.1. Legislación Nacional.

Dentro de la legislación nacional referida a menores, pueden separarse los aspectos civiles, penales y laborales, insertos en los códigos y leyes que se acompañan en el anexo correspondiente. No obstante para un encuadre integral del régimen jurídico de los menores, y considerando que estas normas de fondo deben ser aplicadas por la Provincia, se hace una síntesis de las mismas.

1.1.1. Aspectos Civiles.

Comprenden las normas referidas al estado y capacidad de los menores y su situación dentro de las relaciones de familia.

Capacidad y estado.

El estado de las personas es la posición jurídica que las mismas ocupan en la sociedad o sea el conjunto de calidades que configuran la capacidad de una persona y que sirven de base para la atribución de derechos y de deberes.

Existe una estrecha relación entre el estado y la capacidad ya que la capacidad es la aptitud de las personas para adquirir derechos y obligaciones.

La capacidad puede ser de hecho o de derecho. Cuando la capacidad se refiere o se vincula al goce de los derechos se trata de una capacidad de derecho, en cambio cuando se trata del "ejercicio" de esos derechos la capacidad es de hecho. Muchas veces la ley priva al titular de un derecho del poder o facultad de ejercerlo por sí mismo.

3./

Las incapacidades de hecho han sido establecidas en interés mismo del incapaz o de su familia. La ley procede en estos casos con un criterio tutelar. Las incapacidades de derecho, en cambio, se inspiran, por lo general, en una razón de orden público, de moral y buenas costumbres.

Nuestro Código Civil en los arts. 54 y 55 enumera los incapaces de hecho y los incisos 1 y 2 del art. 54 se refieren a los menores: inc. 1) las personas por nacer; inc. 2) los menores impúberes.

El art. 55 establece que los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar.

El art. 126 del Código Civil establece que son menores las personas que no hubiesen cumplido la edad de 21 años. El art. 127 dice que son menores impúberes los que aún no tuvieran la edad de 14 años cumplidos y adultos los que fueran de esta edad hasta los 21 años cumplidos. La diferencia práctica entre menores impúberes y adultos radica en el hecho que la ley autoriza a los adultos a celebrar ciertos actos.

Como regla general la legislación establece la incapacidad de la persona hasta llegar a la mayoría de edad o a la emancipación. Pero desde los 18 años hasta los 21 la capacidad del menor aumenta notablemente, pudiendo celebrar contrato de trabajo, testar, pedir rendición de cuentas de su tutela y está autorizado a administrar y disponer libremente de los bienes que adquiriera con el producido de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos (art. 128 Código Civil párrafo 3°).;

En cambio estos menores no pueden administrar ni disponer de los bienes que hayan recibido por herencia, donación o legado.

Se trata de una capacidad referida exclusivamente a los bienes adquiridos con su trabajo, pero en todo lo relativo al ejerci

4./

cio de los derechos extrapatrimoniales, se mantiene su incapacidad.

La incapacidad del menor cesa por dos causas: a) por llegar a la mayoría de edad el día que cumple 21 años adquiriendo plena capacidad civil; y b) por la emancipación.

El Código Civil y luego de la reforma introducida por la ley 17.711 admite la emancipación por matrimonio y la emancipación dativa o por habilitación de edad. El art. 131 del Código Civil dice que: "El menor que contrae matrimonio se emancipa y adquiere la capacidad civil con las limitaciones del art. 134". Si los menores se hubiesen casado sin autorización igualmente tiene lugar la emancipación, pero en este caso el emancipado carece hasta la mayoría de edad del derecho de administrar o disponer de los bienes recibidos a título gratuito. Estos bienes seguirán administrados por los padres o tutores quienes tendrán derecho al usufructo.

La emancipación es irrevocable y por lo tanto se mantiene aunque el matrimonio se disuelva durante la minoría de edad por fallecimiento de uno de los cónyuges, haya o no hijos. También se mantiene la emancipación en caso de divorcio, pero si el matrimonio fuese anulado, entonces se tiene como no celebrado, y por lo tanto la emancipación queda sin efecto.

El otro tipo de emancipación es la dativa o por habilitación de edad introducida por la ley 17.711. Para obtener este tipo de emancipación son necesarios dos requisitos: a) que el menor haya cumplido 18 años; b) la autorización paterna o judicial. La autorización paterna debe otorgarse por escritura pública que deberá inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Este tipo de emancipación es esencialmente revocable. Para proceder a esa revocación ha de seguirse un procedimiento sumario con intervención del padre o tutor del menor y del Asesor de Menores. Esta revocación produce efectos respecto de terceros a partir de su inscripción en el Registro de Estado Civil.

5./

Por su parte el Código de Comercio en los arts. 10 y 12 también autoriza la emancipación dativa o voluntaria para todo lo que atañe al ejercicio de actos mercantiles.

Filiación.

Para poder comprender la protección brindada por nuestras leyes al menor, debemos incursionar en los distintos tipos de filiación y ver cómo a través de estas categorías ella se pone de manifiesto.

En materia de filiación nuestro derecho reconoce tres clases de hijos: a) los matrimoniales; b) los extramatrimoniales y c) los adoptivos.

La diferencia fundamental entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales está dada por la porción hereditaria que corresponde a unos y otros. A los hijos extramatrimoniales la ley les asigna una porción hereditaria igual a la mitad de la que corresponde a los hijos nacidos dentro del matrimonio.

La calidad de hijo matrimonial se prueba con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio de los padres (art. 114 ley de matrimonio civil). En caso de deficiencias en los asientos de los libros del Registro Civil, la filiación matrimonial puede probarse por todos los medios de prueba. Para estos casos cobran gran importancia las partidas parroquiales, el pasaporte del extranjero, los llamados papeles de familia, la libreta de familia, etc.

En cuanto a la calidad de hijo extramatrimonial sólo existen dos vías para que se la pueda acreditar: a) por el reconocimiento voluntario hecho por los padres; b) por medio de una sentencia judicial que declare la existencia del vínculo. El reconocimiento del hijo extramatrimonial pueden hacerlo el padre por sí solo y la madre por sí sola o ambos padres conjuntamente.

6./

Además tanto los hijos matrimoniales como los extramatrimoniales disponen de acciones para reclamar su carácter de tales. Se llaman acciones de reclamación de filiación o más ampliamente de reclamación de estado.

Legitimación.

Referido también a los hijos nacidos fuera del matrimonio existe la institución de la legitimación, en virtud de la cual se le reconoce a estos hijos la misma condición jurídica que a los matrimoniales. Es decir que por medio de la legitimación se incorpora un hijo a la familia legítima.

En este punto es menester resaltar que esta institución permite al menor concluir la condición de desventaja en que se encuentra y siendo un modo de incitar a los concubinos a que regularicen y legalicen sus relaciones facilita para los menores la formación de una familia.

Para que la legitimación produzca efectos se requieren dos condiciones: a) que los padres contraigan matrimonio válido; b) que los padres hayan reconocido a sus hijos, debiéndose efectuarse este reconocimiento antes de la celebración del matrimonio.

Adopción.

Otra forma de protección al menor se implementa por medio de la institución de la adopción. Esta institución se funda en un acto de voluntad del adoptante y en la decisión emanada del Juez en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima. Lo concerniente a esta institución ha sido regulado por la ley 19.134.

El principio general es que todo menor no emancipado puede ser adoptado. Respecto de quienes pueden adoptar la ley es muy amplia: pueden hacerlo tanto hombres como mujeres, los casados, viudos, divorciados o

solteros. No existe límite máximo de edad para poder adoptar, pero sí se requiere que el adoptante tenga por lo menos 35 años cumplidos.

Este límite mínimo de edad no rige para aquellos matrimonios que llevan más de 5 años de casados o que aún no habiendo transcurrido ese lapso, se encuentren en la imposibilidad de procrear. Si ambos cónyuges tienen más de 35 años cumplidos no es necesario que tengan 5 años de casados. Otro requisito importante que señala la ley de adopción es que el adoptante debe ser por lo menos 18 años mayor que el adoptado.

El abuelo no puede adoptar a sus nietos y el tutor só lo podrá adoptar al pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela.

Respecto de los cónyuges, lo común, es que ambos adopten conjuntamente un hijo, pero puede ocurrir que quien adopta sea uno sólo de los cónyuges; en este caso es indispensable el consentimiento del otro. Cuando media divorcio este consentimiento no es necesario para el cónyuge inocente, como tampoco en caso de tratarse de un divorcio por presentación conjunta o mutuo consentimiento.

Finalmente para pretender la adopción es indispensable que el adoptante demuestre haber tenido al menor bajo su guarda durante un año. Para conceder la adopción el Juez valorará los medios de vida y cualidades morales y personales de los adoptantes, como también su solvencia económica, de modo de poner al menor a cubierto de futuros riesgos.

La adopción se otorga por medio de sentencia judicial, existiendo dos clases de adopciones: la adopción plena y la adopción simple.

La adopción plena confiere al adoptado los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo, no sólo respecto del adoptante sino de toda su familia (art. 14 ley 19.132). El hijo adoptivo deja de pertenecer a la

8./

familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, con la sola excepción, de los impedimentos matrimoniales (art. 14 ley 19.132).

La adopción plena es irrevocable, a diferencia de la adopción simple que tiene carácter revocable.

La adopción simple confiere también al adoptado la posición de hijo legítimo, pero no crea vínculo de parentesco entre él y la familia de sangre del adoptante. Es decir que tanto el adoptado simple como el pleno son hijos legítimos del adoptante, pero mientras en la adopción plena ese carácter de hijo se refiere a toda la familia, en la adopción simple se limita a las relaciones entre el adoptante y el adoptado.

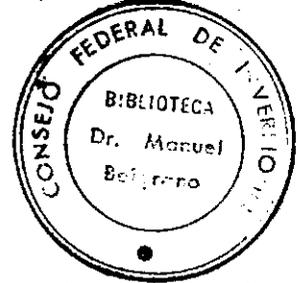
Patria potestad.

Otra institución que debe ser analizada por su trascendencia y estrecha vinculación con la situación jurídica del menor, es la de la patria potestad.

Esta institución ha sido definida como "el conjunto de derechos y obligaciones que corresponde a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos desde la concepción y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado" (ley 10.903).

La patria potestad se interpreta actualmente como un complejo indisoluble de deberes y derechos, por eso cuando se la legisla se lo hace teniendo en mira al hijo y al padre, a la familia y a la sociedad.

Actualmente las potestades que integran la autoridad paterna son de naturaleza compleja y han dado origen a la categoría de derechos-deberes que caracteriza la institución; y, más aún, lo que importa en la legislación moderna no es tanto los derechos de los padres sino los deberes que deben cumplir en función de la protección del menor.



Las normas que regulan la patria potestad son de orden público, de ahí que la misma no puede renunciarse ni ser objeto de abandono, siendo además indelegable. La patria potestad no es perpetua y termina con la emancipación o la mayoría de edad.

En una familia constituida sobre la base del matrimonio, la patria potestad pertenece a ambos progenitores pero el "ejercicio" de ella corresponde al padre y sólo en caso de muerte de éste o de haber la corrido en pérdida de la patria potestad o del derecho de ejercerla, corresponderá a la madre (art. 264 Código Civil reformado por ley 10.903). En la práctica la patria potestad se ejerce conjuntamente, lo que en definitiva tiene el padre es un poder de decisión en casos de divergencia sobre la forma de educar al menor, corregirlo, etc., pero en lo que atañe a la representación legal del hijo y a la administración y usufructo de sus bienes, la actuación paterna es exclusiva.

Es necesario aclarar que en caso de divorcio si el Juez otorgara la tenencia de los hijos a la madre, ello ni implica despojar al padre de la patria potestad.

El Código Civil en los arts. 264 a 310 hace un minucioso detalle de todas las alternativas que puedan presentar la guarda, educación, asistencia y representación legal del hijo sometido a la patria potestad, pero como su extensión excede los fines de este trabajo pasamos a referirnos a los aspectos más salientes de la representación del menor y de la administración de los bienes de los hijos.

Representación.

Los padres que se encuentran en ejercicio de la patria potestad representan legalmente a sus hijos en los actos relativos a sus relaciones jurídicas. Esta representación tiene carácter "necesario" pues sin ella los actos serán inválidos y además es "universal" pues comprende todas las relaciones jurídicas del menor, sean de carácter patrimonial o de familia.

judiciales o extrajudiciales (art. 274 Código Civil). Este principio no excluye la representación promiscua del Ministerio de Menores ni tampoco que en ciertas hipótesis excepcionales los menores puedan actuar por sí.

Dentro de los casos en que el menor puede actuar por sí, debemos distinguir los actos que deben celebrarse con autorización paterna y los que el menor puede realizar sin esta autorización. Con autorización paterna los menores pueden contraer matrimonio (art. 10 ley de matrimonio civil), celebrar contratos de trabajo desde los 14 años y en casos excepcionales desde los 12, ejercer el comercio (arts. 10 y 12 Código Comercio; art. 283 Código Civil), enrolarse en el ejército o ingresar en órdenes religiosas (art. 275 Código Civil).

Sin autorización paterna pueden reconocer hijos extra matrimoniales (art. 286 Código Civil), testar (art. 286 Código Civil), tomar la posesión (art. 2392 Código Civil), ejercer un mandato a nombre de otro (art. 1897, Código Civil) y celebrar pequeños contratos.

A partir de los 18 años, pueden trabajar y administrar y disponer libremente los bienes adquiridos con su trabajo (art. 128 Código Civil Reformado por ley 17.711).

En caso que los padres del menor estén divorciados o separados de hecho aunque la guarda haya sido atribuida a la madre, la representación judicial corresponde siempre al padre. El único caso en que mediando divorcio de los padres, la madre representa judicialmente al menor es en el juicio de alimentos.

Finalmente el art. 59 del Código Civil dispone que a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo

11./

asunto judicial o extrajudicial en que los incapaces demanden o sean demandados.

Administración.

En cuanto a la administración de los bienes del menor, el padre tiene el deber y el derecho de cuidar de ellos, Tratándose de hijos matrimoniales, el derecho a la administración lo tiene el padre o madre que se encuentre en ejercicio de la patria potestad (arts. 293 y 305 Código Civil). La ley 14.267 acordó los mismos derechos de administración de los bienes, a los padres no unidos en matrimonio pero que estén en ejercicio de la patria potestad.

Para todos los casos que no están expresamente previstos en las disposiciones especiales sobre administración de los bienes del hijo, se aplican las reglas del mandato (art. 1870 inc. 1° Código Civil), debiendo el padre rendir cuenta de su administración.

Existen ciertos actos respecto de los cuales la ley ha considerado indispensable establecer una prohibición absoluta y los jueces no podrían autorizarlos ni aún cuando resultaran ventajosos para el menor (arts. 274, 297, 1361 inc. 1° Código Civil). También existe otro tipo de actos que para su realización es menester que los padres tengan autorización judicial. En general son todos actos de disposición (arts. 297, 298, Código Civil).

La administración paterna concluye: a) por la terminación de la patria potestad; b) por la pérdida de la patria potestad o de su ejercicio; c) por tratarse de una administración ruinosa para los hijos o se pruebe la ineptitud del padre (art. 301 Código Civil).

El Código Civil en el art. 306 dispone que la patria potestad cesa por: a) por muerte de los padres o de los hijos; b) por profesión de los padres o de los hijos con autorización de aquellos, en institutos monás-

ticos; c) por llegar los hijos a la mayoría de edad; d) por emancipación legal de los hijos. Por su parte el art. 307 dispone que la patria potestad se pierde: a) por delito cometido por el padre o madre contra su hijo o hijos menores para aquel que lo comete; b) por la exposición o el abandono que el padre o madre hicieran de sus hijos, para el que los haya abandonado; c) por dar el padre o la madre a los hijos, consejos inmorales, o colocarlos dolosamente en peligro material o moral, para el que lo hiciera.

La acción contra los padres por pérdida de la patria potestad puede ser iniciada: a) por el Ministerio de Menores (art. 10 ley 10.903); b) por el otro progenitor y los tutores o guardadores del menor; c) por el propio menor ya que el art. 285 del Código Civil lo autoriza de una manera general a demandar a los poderes en defensa de sus intereses. En cuanto a los parientes, allegados y toda persona capaz esté o no vinculada con el menor, la ley 10.903 de su art. 10 los autoriza a hacer la denuncia de los hechos perjudiciales para el menor ante el defensor oficial.

Los Jueces del Crimen en virtud del art. 39 del Código Penal pueden declarar de oficio la pérdida de la patria potestad.

Quando las faltas cometidas por los padres no revisten una gravedad extrema; la ley no impone la pérdida de la patria potestad, si no que simplemente suspende su ejercicio. La diferencia que existe entre la pérdida de la patria potestad y la pérdida de su ejercicio reside en el hecho que la pérdida es definitiva e irreversible y la pérdida del ejercicio es temporaria y el Juez puede reintegrar en sus derechos al padre (art. 12 ley 10.903).

Tutela.

La tutela es una institución de amparo que procura llenar el vacío dejado por la falta de los padres, y que permite representar al menor de edad en todos los actos de la vida civil. En el caso de que los menores hayan perdido a sus padres o que los ignoren, el Estado suple esa incapacidad

13./

atribuyendo el cuidado de sus personas y fines a los tutores.

En principio puede ser tutor toda persona física capaz. Por excepción, el art. 8 de la ley 10.903 admite que los menores confiados por sus padres o tutores a un establecimiento de beneficencia queden bajo la tutela definitiva de la dirección del establecimiento.

La tutela puede ser general y especial. La primera es la que se ejerce sobre la persona y sobre los bienes del menor y puede tener su origen en una disposición paterna de última voluntad, en la ley o en la decisión del Juez. La tutela especial se refiere a asuntos determinados de carácter patrimonial, siendo designado el tutor para ese o esos exclusivos actos.

El padre o la madre que fallezca último de ambos, puede nombrar tutor para los hijos que estén bajo la patria potestad, siendo ésta una facultad exclusiva de los padres no pudiendo tenerla ninguna otra persona. Pero para que esa voluntad paterna tenga eficacia debe haber muerto el otro progenitor (art. 383 Código Civil).

La designación de tutor se puede hacer por testamento o por escritura pública (art. 383 Código Civil) y se trata de un acto esencialmente revocable y sólo tiene efecto para después de la muerte de los progenitores. Existe un tipo de tutela llamada "legítima" que es la que se discierne en virtud de una preferencia establecida en la ley. Tiene carácter subsidiario y rige para el caso en que el padre no hubiera designado otro tutor. El orden de preferencia en el discernimiento de la tutela legítima es el siguiente:

- el abuelo paterno,
- el abuelo materno,
- la abuela paterna o materna,
- los hermanos o medio-hermanos del menor cualquiera fuera el sexo.

La preferencia del orden legal no es estricta y puede ser alterada en orden a la conveniencia del menor.

14./

Cuando el padre no ha designado tutor ni existen parientes idóneos llamados por la ley para el cargo el Juez debe promover la tutela eligiendo a su arbitrio la persona que ha de desempeñarla. Este es el caso de tutela dativa.

En cuanto a los deberes del tutor, éste debe desempeñar el cargo como un buen padre de familia. Debe tenerlo consigo, aplicándose en materia de responsabilidad del tutor los mismos principios de la patria potestad.

La administración de los bienes del menor requiere formalidades previas; debiéndose hacer al comienzo de la tutela el inventario y tasación de los bienes del menor. Quien promueve estas medidas previas es el propio tutor. Finalmente como todo mandatario el tutor también está obligado a rendir cuentas

1.1.2. Aspectos Penales.

La legislación penal en relación con los menores de edad, se encuentra en el Código Penal, ley 11.179 de 1921, modificado por las leyes 17.567; 18.934; 18.953 y 21.338, y por las leyes 10.903; 13.944 y 14.394, complementarias de dicho Código.

Corresponde hacer una primera distinción respecto a los casos en que el menor es autor del delito, de cuando el menor es víctima del mismo. Respecto al primer problema deben considerarse las disposiciones penales sobre imputabilidad y con referencia al segundo, los delitos de los cuales puede ser víctima o los casos en que esta calidad tipifica o constituye un agravante del delito.

Imputabilidad..

La imputabilidad de los menores está regulada por la ley 14.394 con las modificaciones del decreto ley 5286/57 y de la ley 21.338.

La norma distingue tres categorías: 1) menores de catorce años; 2) mayores de catorce y menores de dieciseis años; 3) mayores de dieciseis y menores de veintiún años.

Cuando el menor no haya cumplido catorce años de edad e incurriere en un hecho que la ley califica como delito, la autoridad judicial, en caso de estimarlo necesario, podrá disponer la internación del menor en un establecimiento nacional o provincial adecuado. Esta medida durará tan sólo el tiempo indispensable para su mejor examen y facilitar la ulterior adopción del régimen que correspondiere aplicar.

Si las circunstancias del hecho y las condiciones personales del menor evidenciaren que éste no presenta problemas graves de conducta o ambientales, el Juez podrá dejarlo con sus padres, tutores o guardadores libremente o bajo el régimen de libertad vigilada.

Si el menor se hallara abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presentare graves problemas de conducta, el Juez podrá disponer del mismo entregándolo al organismo nacional competente, o procediendo a su internación en un establecimiento adecuado en el orden provincial.

Cuando el menor de catorce a dieciseis años de edad incurriere en un hecho que la ley califica como delito y no se tratare de infracciones de acción privada o sancionadas con un año o menos de privación de la libertad, con multa o con inhabilitación, la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso. No obstante, cualquiera fuere la naturaleza del hecho, se procederá conforme lo dispuesto anteriormente.

Luego de que el menor haya cumplido dieciseis años y por lo menos un año de internación, la autoridad nacional o provincial que corresponda informará al Juez sobre la conducta y personalidad del menor. El Juez, si lo considera necesario podrá aplicarle la sanción que establece el Código penal. Si la sanción fuera privativa de libertad, se hará efectiva en los institutos espe

16./

ciales, nacionales o provinciales que correspondan. Si en esta situación alcanzara la mayoría de edad será trasladado para cumplir el resto de la condena a un establecimiento para adultos.

Al menor de dieciocho a veintidós años que cometiera un delito se le aplicará la ley penal, debiendo cumplir la pena en los institutos especiales.

Las disposiciones relativas a la reincidencia, no se aplican al menor que haya delinquido antes de cumplir los dieciocho años, pero si fuera juzgado por delitos cometidos después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos, podrán ser tenidas en cuenta a efectos de considerarlo reincidente.

Las normas sobre imputabilidad se aplican aún cuando el menor fuese emancipado por matrimonio o por otra causa legal.

Delitos de los que pueden resultar víctimas los menores.

Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

La ley 13.944, complementaria del Código Penal introdujo la figura penal de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar imponiendo, en el artículo primero de la misma, prisión de un mes a dos años o multa a los padres que aún sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o más si estuviere impedido.

La responsabilidad de asistencia familiar no queda excluida por la circunstancia de existir otros obligados a prestar los medios indispensables para la subsistencia.

Abandono de menores.

El abandono de menores está contemplado en los arts. 106, 107 y 108 del Código Penal junto con el delito de abandono de personas. Se reprime el poner en peligro la salud del menor, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonándolo a su suerte, cuando el menor sea incapaz de valerse por sí mismo y a quien el autor del delito tenga el deber de manteⁿer o caidar (art. 106). Originariamente el Código Penal fijaba la edad del menor en diez años para que dicho delito se configurara. Actualmente, con la reforma de la ley 21.338 se exige para la tipificación del delito la imposibili^dad de que el menor se baste por sí mismo.

Las penas establecidas varían según las consecuencias de dicho abandono. En caso de abandono por la madre para ocultar su deshonra y siempre que dicho abandono sea efectuado poco después del nacimiento, la pena es sensiblemente menor que en la figura común de abandono (art. 107).

La ley asimismo reprime con multa el abandono de menores aún cuando no exista obligación de mantener o cuidar a dicho menor (art. 108). La ley supone así el deber de asistencia de quien encuentre a un menor de diez años perdido o desamparado y pena la omisión de la prestación del auxilio necesario cuando pudo prestarse sin riesgo personal o no se debiere aviso inmediato a la autoridad.

Delitos contra la honestidad.

Los delitos contra la honestidad están contemplados en el título III del Código Penal.

En el capítulo II se contemplan los delitos de violación y estupro, y se reprime con reclusión o prisión de seis a quince años el acceso carnal con menores de doce años de uno u otro sexo, aún cuando no haya mediado violencia o empleo de fuerza o amenazas (art. 119, inc. 1). Se supone así que la

18./

víctima carece de condiciones morales, intelectuales o físicas para consentir la aproximación.

Igualmente se reprime al que tuviere acceso carnal con mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y la pena en este caso es de reclusión o prisión de tres a seis años.

La diferencia entre la violación tipificada en el art. 119 y el estupro tipificado en el art. 120 es que en el primer caso, el acceso carnal se realiza contra la voluntad expresa o presunta de la víctima, mientras que en el segundo caso se supone la seducción y el asentimiento de la misma. En los arts. 122 a 124 se establecen los agravantes de los delitos contemplados en este capítulo del Código.

En el art. 127 del capítulo III se contempla el delito de abuso deshonesto, tipificado como la comisión de actos libidinosos sin acceso carnal. Se dan así todos los elementos de la violación, excepto la cópula por lo que, en los hechos, puede resultar difícil la diferenciación de este delito con la tentativa de violación.

En el capítulo III del título III se establece la tipificación y penas del delito de corrupción, además de los ultrajes al pudor, entre estos últimos, el delito de abuso deshonesto, ya comentado, así en el art. 125 se contempla específicamente el problema de corrupción de menores imponiéndose las penas de acuerdo a la edad de la víctima, sea de uno o de otro sexo.

Para la configuración del delito de corrupción es necesario el ánimo de lucro del autor del delito o la finalidad de satisfacer de seos propios o ajenos, promoviendo o facilitando para ello la prostitución o corrupción de menores.

La ley 21.338 ha incluido como art. 127 la disposición por la cual se inculpará al que promoviere o facilitare la entrada o salida

del país de una mujer o de una menor de edad para que ejerzan la prostitución.

La misma ley ha reincorporado, asimismo, las disposiciones de la ley 17.567, derogadas por la ley 20.509, relativas a considerar como delito la exhibición, venta o entrega a menores de dieciseis años de libros, escritos, imágenes u objetos que aún no siendo obscenos puedan afectar gravemente el pudor de aquel o excitar o pervertir su instinto sexual.

En el capítulo V del título III se tipifica el delito de raptó refiriéndose específicamente el art. 131 a los casos en que la víctima fue re una menor. Con el mismo criterio seguido en los casos de violación y estupro se estima que las menores de 12 años, aún cuando mediare su consentimiento no tienen capacidad para darlo y en los casos de menores de 15 años y mayores de 12 años se considera que tienen su voluntad restringida. En este último caso se presume que la víctima ha sido seducida al dar su consentimiento.

En el capítulo V se exime de pena en los casos de estupro, violación, raptó o abuso deshonesto si el delincuente se casare con la ofendida dando ella su consentimiento, después de haber sido restituida a la casa de sus padres o a otro lugar seguro (art. 132). Concordantemente con esto, la ley 14.394 en su art. 14 establece que en estos casos el Juez de la causa, a pedido de los interesados, otorgará dispensa de la edad. Es decir, que si una menor de 14 años ha sido víctima de alguno de los delitos contra la honestidad comentados, el Juez de la causa o sea el Juez penal otorgará, a pedido de los interesados, la dispensa de la edad correspondiente, necesaria para que el matrimonio se realice.

Delitos contra el Estado Civil.

Estos delitos son tratados en el título IV del Código Penal. En el capítulo I de dicho título, el art. 137 establece que el representante de un menor impúber (menor de 14 años) que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo, será pasible de multa (art. 137).

En el capítulo II del título IV se incrimina el alterar o suprimir o hacer incierto el estado civil de un menor de diez años, mediante exposición, ocultamiento o cualquier otro acto (art. 139 inc. 2).

Para que exista exposición no es estrictamente necesario el abandono que, en consecuencia, puede concurrir materialmente con este delito, si bien la forma corriente del delito consiste en que la madre deje al niño sin señas que lo identifiquen.

La pena es de uno a cuatro, al igual que en el de suposición de preñez o parto contemplado en el art. 139 inc. primero.

Abuso en el ejercicio de la patria potestad.

La ley 21.338 ha reincorporado como artículo 20 bis del Código Penal la norma por la cual se impone inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque dicha pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe abusos en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela.

Esta pena funciona como complementaria de la pena que corresponderá aplicar por el delito cometido. Había sido introducida por la ley 17.567 y derogada por la ley 20.509.

Ejercicio de las acciones penales.

Las acciones penales deberán iniciarse de oficio, salvo las que dependen de instancia privada y las acciones privadas (art. 71 del Código Penal). La regla es entonces la acción pública, iniciada de oficio por el Juez o a solicitud del Ministerio fiscal. La excepción son las acciones privadas y las que dependen de instancia privada.

Dependen de instancia privada las que nacen de los delitos de estupro, violación, rapto y abuso deshonesto cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones graves (art. 72 inc. 1 de acuerdo a la modifi-

cación de la ley 21.338). Es también de instancia privada la acción por el delito de lesiones gravísimas.

La causa se forma entonces, con la acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representante legal. Lo que la ley admite así es, con respecto a estos delitos, que el padre o tutor del menor prefiera silenciar el delito evitando la publicidad del proceso. Una vez formulada la denuncia, ya que ello es suficiente para la promoción de la instancia, el Estado recobra su potestad represiva.

La ley admite el ejercicio de oficio de la acusación en los casos de abandono o no existencia de representante legal. Asimismo, se ejercerá de oficio la acusación en los supuestos de intereses encontrados entre el menor y su representante. Ello puede suceder en los casos en los que el mismo representante es el autor del delito, o ascendiente o descendiente del mismo. Con la reforma de la ley 21.338 se ha ampliado así la posibilidad de ejercicio de oficio de la acción ya que la anterior redacción exigía la autoría por parte del ascendiente, tutor o guardador.

1.1.3. Aspectos Laborales.

Conforme lo establece el art. 32 (T.O.) de la ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 con las reformas de la ley 21.297, los menores de dieciocho años pueden celebrar libremente contratos de trabajo. Los mayores de catorce años y menores de dieciocho que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, gozan de aquella misma capacidad; estos menores que ejercieren cualquier tipo de actividad en relación de dependencia, se presumen suficientemente autorizados por sus padres o representantes legales, para desarrollar tal actividad.

Los menores emancipados por matrimonio gozan de plena capacidad laboral (art. 35).

La ley prohíbe el trabajo de las personas menores de catorce años de edad salvo el caso que se desempeñen en las empresas en las que sólo trabajen los miembros de su misma familia y previa autorización del Ministerio Pupilar. Tampoco pueden ocuparse a menores de edad mayores de 14 años pero comprendidos en la edad escolar, que no hayan cumplido su instrucción obligatoria, salvo autorización expresa del Ministerio Pupilar cuando el trabajo del menor fuese indispensable para la subsistencia del mismo o de sus familiares directos, siempre que se llene en forma satisfactoria el mínimo de instrucción escolar establecida (art. 189).

Como consecuencia de la capacidad para celebrar contrato de trabajo, los menores desde los catorce años están facultados para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios y con la intervención del Ministerio Público (art. 33). Desde los dieciocho años de edad tienen los menores la libre administración y disposición de lo producido por su trabajo y de los bienes de cualquier tipo que adquirieran por él (art. 34).

Con referencia a la jornada de trabajo, no podrán ocuparse menores de catorce años a dieciocho durante más de 6 horas diarias o 36 semanales.

La jornada de los menores de más de dieciseis años podrá extenderse a 8 horas diarias o 48 semanales, previa autorización de la autoridad administrativa. No podrán ocuparse a menores en trabajos nocturnos en el intervalo correspondido entre las 20 hs. y las 6 hs. del día siguiente (art. 190).

Respecto a los accidentes o enfermedades que el menor contrajere durante el desempeño de sus ocupaciones, si se comprobara que son su causa alguna tarea prohibida respecto de los menores o en infracción a los requisitos legales, se considerará al accidente o enfermedad como resultante de culpa del empleador sin admitirse prueba en contrario. Si el accidente o enfermedad obedecieren al hecho de encontrarse circunstancialmente el menor sin

reconocimiento del empleador en un sitio de trabajo en el cual fuere ilícita o prohibida su presencia, el empleador podrá probar su falta de culpa, (art. 195).

2.- Legislación Provincial.

La Provincia de Neuquén ha dictado la ley 758 del 24 de junio de 1973, donde se resalta el derecho de los menores desde el momento de la concepción hasta su mayoría de edad, a la protección integral y efectiva por parte del Estado (art. 1 y 2).

Asimismo, se establece el derecho a la protección de toda forma de negligencia, explotación o malos tratos y el derecho a no ser sometidos a vejámenes de cualquier índole que ellos sean (art. 3).

Se establece también, el derecho a juzgamiento por tribunales especializados con procedimientos adecuados y que procuren principalmente su reeducación para la reintegración como elementos depurados y útiles a la vida en comunidad. La labor jurisdiccional procurará lograr la concurrencia de la comunidad y en especial de los padres en una integración armónica y con cabal sentido de las responsabilidades recíprocas (art. 7). Como veremos más adelante, dichos tribunales especializados aún no han sido establecidos.

Se contempla, asimismo, el derecho de los menores a no ser separados del seno de su familia, sino en casos plenamente justificados y por resolución judicial, la que deberá ser motivada (art. 8). La sociedad y los poderes públicos procurarán subvenir a las carencias que puedan afectar la estabilidad, cohesión y armonía del grupo familiar. Respecto a los menores sin familia se establece que se adoptarán medidas particularidades y un cuidado especial, y en lo posible serán ubicados en medios substitutos adecuados (art. 8, último párrafo).

Puede observarse que si bien esta ley fija los principios y la orientación de la política provincial en la materia, resulta en la práctica meramente declarativa, en tanto no se establecen las medidas por las que ha de efectivizarse la protección a que tienen derecho los menores, ni las sanciones a que podría dar lugar la infracción a las normas que ella establece.

También cabe mencionar el decreto 1202/69 y las leyes 563 y 582 que hacen referencia a los organismos administrativos de protección a la minoridad (Dirección General de Protección y Asistencia a la Comunidad y Dirección de Familia y Minoridad).

Lamentablemente la legislación provincial es incompleta respecto al problema de la minoridad. Las leyes mencionadas no tratan, en forma completa, la organización y funcionamiento de las citadas Direcciones, o es necesario el dictado de otras normas para su posible aplicación como el caso de los Tribunales especializados.

2.1. Poder Judicial.

El Poder Judicial de la Provincia de Neuquén se rige por la Ley Orgánica N° 915 del 4-11-1975, la que no está plenamente vigente (ver arts. 72 y 73 de la Ley), pues en ciertos casos es de aplicación la anterior Ley Orgánica N° 17 del 5 de noviembre de 1958, con sus modificaciones, leyes N° 40, 41 y 181.

En el aspecto que nos interesa, debemos decir que la Provincia no cuenta con Tribunales Especiales de Menores, pese a lo dispuesto por el art. 7 de la Ley 758 de junio de 1973.

Existen las Defensorías de Menores, Pobres, Incapaces y Ausentes que actúan ante los Juzgados de Primera Instancia en los fueros Civil, Comercial, Penal, Laboral, de Minería: como consecuencia de las funciones específicas determinadas por el art. 59 del Código Civil y del art. 47 de la ley 17 (tal lo dispuesto por el art. 173 de la ley 915).

Se debe destacar la representación promiscua que le compete al Defensor de Menores. Así el Código Civil establece (art. 59) que, además de los representantes necesarios (padres en ejercicio de la patria potestad; tutor) los menores son representados promiscua o paralelamente por el Defensor de Menores. Expresa la ley sustantiva civil que el Ministerio Pupilar es parte legítima, esencial en toda cuestión, sea judicial o extrajudicial, en que se encuentran interesados la persona o los bienes de un menor. Es así que dicha representación promiscua del Defensor aparece como una garantía de protección aún respecto de los mismos progenitores que podrían atentar contra los intereses del menor.

La intervención necesaria del Defensor en sede judicial aparece sumamente trascendente, requiriéndose su opinión en aspectos tales como adopción, tenencia de hijos, acciones sobre patria potestad, alimentos, sucesiones, tutelas, etc., opinión que, no obstante no ser vinculante para el Juez, posee gran importancia por la jerarquía y especialización del funcionario que dictamina.

Igualmente, los defensores controlan las tutelas discernidas y accionan representando al menor cuando éste no tiene representación alguna, para suplir la carencia (v.g. rectificación o adición de nombre, venia supletoria para contraer matrimonio, etc.), o cuando la acción va dirigida contra quien posee la representación del menor (v.g. acción por pérdida de la patria potestad; juicio de disenso u oposición al matrimonio).

Corresponde a las Defensorías de Menores, Pobres, Incapaces y Ausentes ante la Justicia Civil:

- a) Intervenir como parte legítima y esencial en todos los asuntos civiles y comerciales de jurisdicción contenciosa o voluntaria, donde hubiera menores o incapaces que demandaren o fuesen demandados en su persona o bienes;
- b) tomar las medidas necesarias para que se provea de tutores o curadores a los menores o incapaces;

- c) fiscalizar la conducta de los representantes legales de los menores e incapaces sobre la conservación de los bienes de éstos;
- d) evacuar las consultas jurídicas que le efectúen las personas carentes de re cursos y patrocinar a los declarados pobres de solemnidad en toda clase de asuntos;
- e) ejercer la representación de los ausentes conforme a las leyes.

Ante la Jurisdicción penal:

- a) Asumir la defensa de los imputados que no hayan designado a otro defensor;
- b) patrocinar a los pobres de solemnidad en las denuncias que deban promover an te la jurisdicción criminal;
- c) asistir a las visitas de cárceles e informar a sus defendidos sobre el estado de las causas.

El defensor está obligado a agotar los recursos legales contra las resoluciones adversas de los menores e incapaces aún cuando po drá consentir tales resoluciones con dictámenes fundados cuando resultare de la causa que su prosecución puede llegar a resultar perjudicial para los intereses de sus representados.

Pero además, estos funcionarios tienen una amplia ta rea que desarrollar, en coordinación y colaboración de los organismos ejecuti- vos de protección.

2.2. Dirección Provincial de la Familia y la Minoridad.

La tarea de otorgar protección al menor insume es- fuerzos que devienen de distintos orígenes, según cual sea la naturaleza del organismo que interviene. La tarea de la justicia requiere la concurrencia de otro ente: el ejecutivo o administrativo especializado en la problemática del menor, con el aporte técnico de funcionarios idóneos -psicólogos, sociólogos,

asistentes sociales-, de los que normalmente carece el órgano judicial, que, dentro de su ámbito puedan efectivizar medidas preventivas proteccionistas.

Esta primera tarea no agota la labor de estos organismos, por cuanto su labor tutelar debe encontrarse independizada, pero naturalmente coordinada, de la actuación del órgano judicial, en tanto posee igual finalidad protectora, lo cual permite la intervención por sí mismo, en lo que no sea resorte exclusivo de la justicia, cuando le llega el problema de manera directa o derivado de otro organismo técnico-administrativo.

Desde ya que esta responsabilidad básica, no excluye la actividad de otros organismos intermedios que pueden coadyuvar al proceso de la protección del menor. De ahí que debe propiciarse la participación activa de todos los sectores de la población, a través de sus organizaciones libremente estructuradas para fortalecer la capacidad operativa del Estado y crear conciencia en la comunidad de que su intervención es necesaria para el desarrollo y seguridad de la familia.

La Dirección Provincial de Familia y Minoridad, que oportunamente se creó como Servicio, depende de la Dirección de Promoción y Asistencia a la Comunidad que a su vez depende del Ministerio de Bienestar Social. Se trata, por lo tanto, de un órgano desconcentrado de la administración central al que se le han atribuido en forma permanente, determinadas competencias.

Su estructura no se adecua suficientemente la realidad. Es necesario que el Servicio tenga un instrumento legal apto para entender eficientemente en el problema del menor y la familia, que fije adecuadamente la independencia que exige la acción interna y extensa que le impone su compleja y permanente demanda y establezca los niveles de coordinación que permitan prontas y armoniosas soluciones, de acuerdo a lo establecido por la ley 758, comentada.

El Poder Judicial no mantiene relaciones directas con la Dirección del Menor y la Familia, ni existe una coordinación entre ella y la Defensoría de Pobres, Incapaces y Ausentes.

La Policía tampoco mantiene relaciones con la Dirección, ni aún en los casos en que resulta conveniente su intervención, como por ejemplo cuando se trata de abandono de menores.

La carencia de normas que delimiten las relaciones entre los organismos jurisdiccionales, policiales y administrativos, no ha permitido una actividad coordinada y una recíproca cooperación, por lo que no se ha logrado una completa unidad en los fines y criterios generales.

Recomendaciones generales.

Completar y actualizar la legislación de la provincia en los aspectos referidos a la protección de los menores.

Establecer medidas legales tendientes a la coordinación de los órganos administrativos y judiciales.

Estudiar la factibilidad de creación de un fuero especial y la sanción de una ley que contemple la efectiva solución de los problemas que surgen de los próximos estudios.