

## CAPÍTULO V

### LEGISLACIÓN TUTELAR

#### SECCIÓN A: LEGISLACIÓN DE LA MINORIDAD.

1. *Regulación sobre menores. Sus características en Latinoamérica.*— En términos generales, la legislación alusiva a menores en el área participa de la misma dispersión comentada respecto de los regímenes de ejecución penal. Códigos, leyes especiales y decretos norman aspectos parciales del problema, con el previsible saldo de incoherencias formales y conceptuales, traducidas en conflictos de competencia interinstitucionales, vacíos en la regulación de ciertos temas y ausencia de un encuadramiento ideológico homogéneo acerca de la crucial cuestión. En el caso de Venezuela, por ejemplo, a partir de las disposiciones constitucionales dedicadas al tema, se desgrena un abigarrado conjunto de instrumentos reguladores del tópico examinado: ley tutelar de menores (1980), ley del Instituto Nacional del Menor (1978), ley sobre adopción (1972), leyes del trabajo, de la educación, del servicio militar obligatorio, etc. Excepción notable a la regla constituyó el Código del Niño sancionado en 1934 en Uruguay, considerado desde entonces entre los más completos sobre tal materia a nivel mundial. Entre los plexos orgánicos más recientes, cabe mencionar el código brasileño de menores (ley 6697/79). En ciertos casos, el esfuerzo legislativo avanzó hasta la sanción y publicación de un código unitario, mas la carencia de implementación reglamentaria ha retrasado por años la efectiva aplicación de sus disposiciones: tal el caso del Código del Menor —ley 903— de la República del Paraguay.

En términos generales, cabe atribuir tales deficiencias a la ausencia de una concepción clara y prioritaria del problema de la minoridad marginada, y al correlativo error histórico de

no otorgar al tema la autonomía normativa que merece, relegándolo a una simple cuestión de política general, o bien confiando su organización a la iniciativa local, en aquellos países de organización federal.

En este aspecto, es paradigmático el caso de México, donde, como consecuencia de lo expresado, ciertas circunscripciones, como la del Distrito Federal o los Estados de Jalisco y Chihuahua, cuentan con consejos tutelares para menores, regidos por la pertinente legislación, en tanto que otros Estados carecen aún de tales consejos y de tribunales especializados. La Argentina constituye otro caso revelador, con provincias donde se perfilan experiencias integradoras en la especie, como los tribunales de familia de Buenos Aires, y otras en las que no se ha organizado la materia de manera diferencial.

Otra nota característica del tratamiento tutelar de la minoridad latinoamericana radica en la carencia de instrumentos legislativos que contemplen por igual la problemática de los hijos de familia en situación normal y la de los menores abandonados o trasgresores de disposiciones contravencionales o penales, tras lo cual es posible palpar la presencia de una ideología que oculta su verdadera naturaleza.

Este descuido y la carencia de una conceptualización clara al respecto no los creemos accidentales sino que la ley de la minoridad no hace otra cosa que preparar el sendero de la estigmatización y posibilitar incluso el comienzo de ese proceso, ocultando su resultado bajo la apariencia de un simple descuido o con el discurso paternalista sobre cuyo efectivo designio ya hemos tenido ocasión de expresarnos y volveremos a insistir aquí.

En consecuencia, y sin entrar aún en la caracterización de la regulación de fondo del subsistema tutelar, se juzga *recomendable*:

1) *Propender a una legislación unitaria en materia de menores de edad, que enfoque ese aspecto acuciante de la realidad con visión integradora, prescindiendo de criterios diferenciales meramente jurídicos o formales.*

2) *Renunciar a las clasificaciones de los menores del tipo de "abandonados", "infractores" y otras igualmente carentes de fundamento psico-sociológico.*

3) *Profundizar el análisis ideológico de las legislaciones de menores, puesto que bajo la apariencia de desorganización,*

*descuido o paternalismo, suelen favorecer un proceso de destrucción o condicionamiento precoz de la personalidad.*

2. *Regímenes para menores abandonados, en estado de peligro e infractores.*— a) *Generalidades.* Partiendo de una recta concepción antropológica, el derecho penal de nuestro tiempo sólo reputa delictuosa la conducta que, además de adecuarse a una descripción preexistente en la ley y asociada a una pena y de no enmarcarse en una situación justificante prevista por el orden jurídico, resulta reprochable al autor. Las bases de esa reprochabilidad —capacidad de comprender lo injusto del obrar y de orientar o adecuar las acciones conforme a tal comprensión— impiden, pues, en los límites de tal concepción humanista, considerar al individuo menor de cierta edad como eventual delincuente. La aparente obviedad de los juicios que preceden aparenta no ser tal cuando se explora la inorgánica y anticuada legislación referente a la minoridad vigente en buena parte de los países del área sujeta a análisis y del planeta en su totalidad.

Legatarios del retribucionismo contractualista, los códigos latinoamericanos decimonónicos acostumbraron a distinguir entre menores infractores de la ley penal y menores abandonados o en estado de peligro, fijando un límite mínimo —generalmente, los nueve años— para la inimputabilidad y sosteniendo, a partir de esa edad, el confuso “criterio del discernimiento” para decidir sobre la posibilidad de aplicar penas a quienes hubieran rebasado dicho tope (v. gr. Código Penal de Brasil de 1890 y de México de 1871).

Tras las experiencias pioneras concretadas en Estados Unidos y Europa en la materia, el control social fue abandonando su discurso punitivo y valiéndose cada vez más de la terminología tuitiva, por cierto que aderezada con el matiz peligrosista que impregnaba la época y que aún no abandona. De tal manera, y en flagrante paralelismo con el curso seguido por las concepciones jurídico-penales referentes al trasgresor adulto, vieron la luz regímenes pretendidamente protectores, en los que los jueces ordinarios adquirieron facultades exclusivas e irrecurribles sobre los menores. Leyes como la 10.903/19 de la Argentina corresponden a esa etapa de transición. La “desjuridización” del discurso sobre menores provocó una etización del mismo, de modo que todo lo que se había logra-

do o intentado lograr con los adultos, al separar la ética del derecho, se deja de lado en los menores mediante el discurso tutelar de carácter paternalista.

Prosiguiendo ese derrotero, las facultades omnímodas de tales magistrados, combinadas con una global despreocupación administrativa respecto de la creación de una infraestructura básicamente apta para el desenvolvimiento de un patronato digno, condujo a la implementación de un tratamiento temporalmente indeterminado, impuesto a los menores ineluctablemente, irrespetuoso de las garantías procesales más elementales y ahogado, en punto a las medidas extremas de internación, en una hojarasca de eufemismos —“establecimientos”, “colonias”, “escuelas de trabajo”, “fundaciones”, “hogares escuela”, “institutos”, “reformatorios”— encubridores de una dantesca realidad.

Sobre ese molde se halla conformado, aún hoy, el grueso de los subsistemas latinoamericanos.

En todos ellos se repiten distinciones clásicas entre menores abandonados, en estado de peligro e infractores, con frecuente caracterización por vía ejemplificativa. Un somero análisis de las causales de abandono o peligro demuestran al observador cuán simple puede resultar la institucionalización de un niño en América Latina: que un menor carezca de medios de subsistencia entraña abandono para el art. 84 de la ley tutelar de menores venezolanos; que venda periódicos u otros objetos en lugares públicos se reputa abandono material o moral o peligro moral en la ley del patronato de menores argentina (art. 21); que “manifiesten tendencia a delinquir” o “muestren inclinación a otro tipo de conducta peligrosa”, hace presumir el estado de peligro en el novísimo código del menor paraguayo (art. 222). Sin perjuicio de las objeciones referentes a la ambigua y omnicompreensiva descripción legal, cabe reparar en lo próximo que está el niño nacido en un hogar de escasos recursos, de penetrar en la férula sedicentemente benéfica del patrón estatal. Dadas las condiciones de vida en Latinoamérica, esto significa, simplemente, que *los menores latinoamericanos en su casi totalidad están a merced de la voluntad estatal*.

Que un menor de edad no posea medios de subsistencia, se vea privado frecuentemente de alimentos, no disponga de habitación cierta o deba vender diarios para subvenir a sus ne-

cesidades individuales o familiares, representa, indudablemente, una suma de circunstancias deplorables, localizadas en la etapa que debiera caracterizarse por configurar la más completa fase de formación psíquica, física y espiritual. Mas, a poco que se analice, se caerá en la cuenta de que millones de niños del área sujeta a investigación pueden ser incluidos en alguna de esas previsiones legales por el sencillo hecho de ser pobres.

Cierto es que algunos de los instrumentos legales recalcan el requisito de extrema necesidad para la adopción de una medida de internación o apartamiento del niño de su hogar paterno, pero los amplios poderes otorgados por la ley al juez-patrono, la inexistencia o pobreza de vías impugnativas al alcance de los padres o tutores y la imposibilidad fáctica de estos últimos de revertir ciertos extremos que hacen a la estructura misma de los países periféricos, como la invariable inaccesibilidad de los padres a asistencia letrada por obvia carencia de recursos, convierten este terreno legal en un selectivo factor de desasosiego para los progenitores y de infortunio para los menores.

Por lo demás, podría replicarse, que, fuera de las medidas que cabe calificar de extremas —institucionalización en cualquiera de sus formas— existen otras como el hogar sustituto. En ese caso, valdrá recordar que no parecen muy garantizadas ciertas disposiciones que centran la capacidad del grupo receptor en la circunstancia de constituir una familia “honorable”, como lo prevé, v.gr., la legislación colombiana en la materia, ya que, juzgando *a contrario sensu* a partir de los parámetros empleados por las diversas leyes y códigos de menores, tal honorabilidad dependería en buena parte del mero privilegio de vivir eximido de la necesidad de practicar la mendicidad, de apelar a la caridad pública, de desempeñarse en oficios callejeros o ambulantes y, aun, de laborar en dos o más empleos que lo sustraigan del cuidado de sus hijos para procurar el sustento diario.

Como hemos dicho, los jueces de menores son protagonistas principalísimos en el subsistema de la minoridad quedando librada a su prudente arbitrio la medida a adoptar respecto de cada menor, su eventual modificación o cese y toda particularidad atinente al tratamiento. No obstante ello, en algunos países se reserva la potestad sobre menores abandonados.

dos o en estado de peligro a organismos administrativos, como sucede con las instituciones panameñas de bienestar social o el "Instituto Colombiano de Bienestar Familiar", entidades que toman a su cargo la protección de los mismos, desarrollando un procedimiento puramente administrativo. Si a ello se añade la particularidad de que en Colombia, p. ej., no existen definiciones legales precisas respecto de esos estados de la minoridad, puede apreciarse el margen de riesgos subyacentes en tal sistema, en punto a la arbitrariedad en la implantación de medidas y duración de las mismas. No escapa a nuestra atención la tendencia que se evidencia en casi todos los países en el sentido de administrativizar esas funciones omnímodas de los jueces. En otras palabras: la punición de los menores sigue bajo el nombre de tutela, sólo que extendiendo su ámbito en razón de su carácter insidioso (el discurso tutelar oculta lo punitivo) y abarcando a los padres, los que, si pertenecen a los sectores humildes, se ven amenazados e indefensos frente a la posible pérdida o institucionalización de sus niños, lo que ya ni siquiera se deja en manos judiciales, sino que, obedeciendo a la creciente omnipotencia de los poderes ejecutivos latinoamericanos, pretende convertir al poder ejecutivo en un "super-padre" vigilante y arbitrario, representado por funcionarios pragmáticos o con una ideología incomprensible para los sectores humildes.

b) *Atribuciones de los jueces y organismos tutelares y garantías procesales.* Frente a la discrecionalidad otorgada por las leyes a los magistrados y crecientemente a ciertos órganos del poder ejecutivo, no es pareja la atribución de medios de defensa o de recursos a los afectados por las medidas ensayadas por la autoridad.

En la Argentina, los jueces de menores pueden disponer preventivamente o definitivamente del menor de 18 años, sea que comparezca como acusado o como víctima de un delito, en la medida en que se lo considere "material o moralmente abandonado o en peligro moral" (art. 14 de la ley 10.903/19). Además, cualquiera sea la resolución que adopten en los procesos en que el menor resulta imputado o damnificado, pueden disponer del mismo por tiempo indeterminado y hasta los 21 años, si estiman reunidos aquellos presupuestos (art. 15, ídem). Padres o tutores sólo pueden solicitar revocatoria en caso de disposición definitiva del menor, y, en su caso, re-

currir en apelación por el mantenimiento de tal medida (art. 20, ley cit.).

También en Brasil todo menor puede ser dispuesto e institucionalizado por tiempo indeterminado, de acuerdo con lo previsto por la ley 6697/79, mas la medida resulta apelable por el propio menor, a través de abogado asignado para ello por los padres o responsables y por el ministerio público. Asimismo, puede la autoridad administrativa encargada del menor bajo disposición, sugerir su desinternación, en cualquier momento.

En Colombia, la diferencia ya apuntada, en cuanto al tratamiento de menores abandonados o en peligro, por un lado, e infractores, por otro, hacen variar las posibilidades recursivas de los afectados. Mientras la medida que atañe a los primeros resultará impugnabile por reposición o apelación ante el superior jerárquico, en la escala administrativa, del instituto de bienestar social, con posterior acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la medida de internación del menor infractor, dictada por el juez de menores, con un máximo indeterminado e independiente de la magnitud o gravedad del hecho realizado y de la pena que por el mismo correspondería a un mayor de edad, sólo es recurrible en reposición ante el propio juez de menores. Valga acotar que, aun cumplidos los 21 años de edad, podrá el juez mantener internado al joven infractor, si considerase que aún no se ha reformado, remitiendo al mismo "para completar su reforma" a una penitenciaría u otro establecimiento dependiente del ministerio de justicia, "por el tiempo necesario" que —al menos— no puede exceder la fecha en que el mismo cumpla 25 años (art. 655 del código de procedimientos penales). Cabe advertir que, con buen criterio, la expresa prohibición de asistencia letrada en el proceso fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en mayo de 1983.

En Costa Rica sólo pueden ser internados los menores infractores, por disposición discrecional del juez competente, con amplia libertad del magistrado en lo atinente a la duración de esa medida. Las garantías procesales son las mismas de que goza el adulto, debiendo, en su caso, el departamento de defensores públicos proveer de un letrado al menor infractor.

El panorama vuelve a teñirse de arbitrariedad en el caso de Panamá, donde la ausencia de normas claras de procedi-

miento y la amplia discrecionalidad judicial excluyen las garantías procesales de este ámbito forense.

En Uruguay, el juez letrado de menores dicta sus resoluciones en cuanto a menores abandonados moral o materialmente tras una investigación sumaria del caso y sin intervención del defensor, sin perjuicio de la asistencia de los representantes legales de los menores, pero, si se trata de menores infractores se procede a la designación de un letrado, que puede deducir recursos de reposición o apelación contra aquellas decisiones. El régimen a que se somete al infractor puede prolongarse hasta los 23 años de edad (arts. 119 y 120 del Código del Niño).

El subsistema venezolano, regido básicamente por la ley tutelar de menores y la del instituto nacional del menor, no prevé la internación de los menores abandonados, vacío que en todo el continente, como es usual, sirve de avance para el organismo administrativo. Los representantes legales de los menores, el ministerio público "u otro interesado" podrán reclamar ante el magistrado especializado contra la medida dictada por aquel instituto (L.T.M., art. 88). Si la medida emana del juez de la primera instancia, las posibilidades recursivas son las mismas que las previstas para menores en estado de peligro o infractores y que seguidamente se detallan. Los menores en situación de peligro pueden ser objeto de libertad vigilada, colocación familiar en núcleo sustitutivo o asistencia en instituciones de reeducación o curativas, según decisión exclusiva del juez de menores, que resulta impugnabile en apelación y revisión, por los padres, el representante legal, los guardadores, el Instituto Nacional del Menor o el procurador de menores (ley cit., arts. 133/34). Las mismas partes pueden, a su vez, recurrir contra los pronunciamientos de los jueces de menores respecto de infractores, por ante los juzgados superiores de menores que la misma norma prevé (arts. 133/134 y 146).

En síntesis, habida cuenta de que la institucionalización de los menores adolece de los mismos defectos relevados en materia de penas privativas de libertad reservadas a infractores adultos, a despecho de las declaraciones de leyes y códigos en punto a la argumentada tutela estatal y su supuesta contribución al desarrollo bio-psico-social del asistido, resulta asaz

conveniente reducir, desde el plano normativo, las posibilidades de su concreción.

Para lograrlo, cabe, en primer término, jerarquizar la solución consistente en la entrega del menor a su núcleo familiar, sin perjuicio del régimen de libertad vigilada que se repute oportuno. Subsidiariamente, es menester viabilizar la entrega de los menores a hogares sustitutos, con cuidadoso tratamiento legal de los requisitos que deba reunir el nuevo núcleo de inserción, evitando de manera especial que las garantías de solvencia material de los receptores sustituya o prepondere frente a la capacidad afectiva requerida en tan delicada empresa, para cuyo análisis deberá contar el magistrado con asistencia técnica interdisciplinaria. Asimismo, cabe extender a todos los ordenamientos la máxima contenida en el art. 113 de la ley tutelar venezolana, que dispone: "La colocación familiar de menores deberá efectuarse preferentemente con miras a la adopción".

En cuanto a la solución institucional, es impostergable legislar en favor de la creación de pequeños hogares, con capacidad para no más de diez menores, dirigido por una pareja terapéutica, idealmente, un licenciado en psicología y una asistente social, en los que la identidad de cada asistido se robustezca en razón de su tratamiento personalizado, el sentimiento de solidaridad hacia los compañeros de grupo se fomente y, en definitiva, se asimilen las vinculaciones afectivas, el régimen de actividades y todo elemento de la convivencia a los desarrollados en el ámbito familiar. En tal sentido, resultará aconsejable que cada grupo se componga de menores con residencia previa en el mismo municipio o localidad donde se establezca el respectivo hogar. En general toda la preparación del personal que debe tratar con menores debe ser cuidadosamente preparada, vigilando estrechamente su ideología, de la cual es imperioso erradicar cualquier etnocentrismo, a cuyos efectos es conveniente un amplio entrenamiento teórico y de campo en antropología cultural. En cualquier caso, incluso en el marco de estos hogares, procurar por todos los medios el mantenimiento de los vínculos más estrechos posibles con su familia natural, cuando exista.

En base a las consideraciones expuestas precedentemente *se recomienda:*

1) *Compensar la discrecionalidad de los magistrados especializados en la cuestión de la minoridad, instrumentando una vasta posibilidad de actuación procesal en favor de los interesados y sus representantes legales, que incluya una eficaz gama de recursos frente a las decisiones de aquéllos.*

2) *Considerar violatoria de Derechos Humanos toda norma que atribuya la potestad de dictar medidas de disposición de menores a organismos administrativos, instituyendo la exclusividad del magistrado especializado en ese terreno.*

3) *Proveer a la real especialización de magistrados, funcionarios y personal de los juzgados de menores, mediante la programación de cursos y ciclos de conferencias atinentes al tema de la minoridad, obligatorios para su nombramiento y promoción.*

4) *Controlar estrechamente la ideología de los cursos o métodos de entrenamiento del personal, cuidando su preparación en antropología cultural y el trabajo de campo con convivencia con sectores marginados.*

5) *Reformar la legislación sobre el rubro en punto al repertorio de medidas a adoptar respecto de los menores, en base a los siguientes puntos:*

a) *abandono del tradicional criterio de clasificación entre menores abandonados, en estado de peligro e infractores, en favor de criterios técnicos que provengan de una observación exhaustiva y respetuosa de cada caso a los fines de la mayor individualización de la eventual intervención estatal, de conformidad con las características personales del asistido;*

b) *preeminencia a las soluciones que impliquen la permanencia del niño en su núcleo de socialización primaria, con desarrollo de los sistemas de control y apoyo, reduciendo al mínimo ineludible los casos de institucionalización;*

c) *tratamiento legislativo coordinando la entrega de menores a hogares sustitutos con el régimen de adopción;*

d) *preservación, en cualquier caso, de los vínculos con la familia natural, en la medida de lo posible;*

e) *desmantelamiento —a la brevedad posible— de los grandes institutos destinados supuestamente a la reeducación o reforma de menores, de los orfanatos gigantes, proveyendo a su reemplazo por pequeños hogares, con las características de implantación y funcionamiento anteriormente descritas.*

3. *Edades límite para adquirir derechos y contraer obligaciones.*— Comparando los límites legales previstos para la adquisición de diversos derechos y la asunción de obligaciones, es dable advertir cierta incongruencia general que, aunque pueda explicarse parcialmente —si se toma en cuenta la hipertrofia legiferante comprobable en muchos de nuestros países— revela ciertas constantes de interés para la investigación, por cuanto traducen un aspecto más del desequilibrio entre los alcances de los mecanismos de control social y la esfera de derechos individuales.

La más importante de ellas radica en el desfase evidenciado entre los topes determinados para la adquisición plena de derechos civiles y para la plena responsabilidad penal, respectivamente. Países como la Argentina y Brasil, que mantienen los 21 años de edad como hito para aquella plenitud civil, adjudican total capacidad para delinquir a quienes alcanzan los 18 años. Colombia prevé los 18 y 16 años de edad, respectivamente, para uno y otro efecto jurídico. En Costa Rica la diferencia decrece pero subsiste —18 y 17 años de edad— al igual que en Paraguay —21 y 20 años—. Por cierto, la regla no es uniforme; países como Venezuela y Panamá aparejan el acceso a la plenitud de derechos civiles y de responsabilidades penales, en tanto algunos como Cuba u Honduras, mantienen como circunstancia atenuante —en sede penal— la edad menor de 20 y de 21 años, respectivamente.

Vale acotar que, contra la tendencia general, en el sentido de ascender el límite de plena responsabilidad en el campo del derecho punitivo, el último régimen “de facto” de la Argentina reformó la ley 14.394/54, rebajando ese límite a los 16 años de edad (art. 8, *lex cit.*) mediante la llamada ley 21.338. Por nueva norma emitida por dicha dictadura en 1980 —llamada ley 22.278— moderóse la situación que acabó por restaurarse en sus antiguos límites mediante un producto póstumo del gobierno militar, la llamada ley 22.803. Las razones expresadas para aquella anacrónica modificación estribaban en el auge de la delincuencia subversiva y en el precoz reclutamiento de adeptos para esa modalidad ilícita. Los mismos argumentos se han esgrimido recientemente en Perú, con el fin de concretar análogo descenso en la marca temporal de la capacidad penal.

Estas medidas deben considerarse violatorias de Derechos Humanos, puesto que, si bien es opinable a qué edad sea conveniente considerar a una persona con plena responsabilidad penal, lo que no puede admitirse es que se desconozcan datos ónticos incuestionables, como que se considere adulto a quien, a la luz de cualquier corriente psicológica, es un adolescente.

La ausencia de paridad en cuanto a límites legales de la minoridad conduce a extremos lindantes con el absurdo. Volviendo al caso de la Argentina, advertimos que un joven de 18 años está obligado a prestar servicio militar y a sufragar en elecciones nacionales; es incapaz en la esfera civil, aunque puede emanciparse por trabajo o matrimonio; es plenamente responsable en materia penal, por lo cual cabe responsabilizarlo sin atenuantes por la concreción de una práctica sexual irregular con su novia de 21 años, toda vez que el delito de corrupción (art. 125 del código penal) abarca en su protección a los menores de esa edad; y puede, a la vez, ser considerado víctima de ese delito si su prometida cuenta con la mayoría de edad civil. Una mínima concesión a la exigencia de racionalidad en los actos de gobierno, propia del sistema republicano, obliga a erradicar tanta incoherencia del orden jurídico de nuestros países.

En consecuencia, *recomendamos*:

1) *Proveer las reformas legislativas del caso, tendientes a uniformar la edad límite de la minoridad, con el fin de equiparar racionalmente la asunción de cargas y obligaciones civiles y políticas con la adquisición de derechos.*

2) *Considerar violatorias de Derechos Humanos las normas que someten a adolescentes a la plena responsabilidad penal de los adultos.*

4. *Tutela del menor en los diversos ámbitos del derecho.*— La protección legal a los menores de edad, traducida en variedad de disposiciones pertenecientes a las distintas ramas del ordenamiento jurídico de cada país del área, carece de sistemática. Ello se debe, en primer término, a la genérica coexistencia de reparticiones y dependencias administrativas y judiciales, con esferas de atribuciones parcialmente superpuestas, y a la ya apuntada multiplicidad de leyes, códigos y reglamentos que norman la materia.

a) El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, por ejemplo, se encuentra sancionado con escalas penales menores que las previstas para otros delitos, tales como la figura básica del abandono de personas (v.gr. art. 1 de la ley 13.944 de la Argentina, en relación con el art. 106, Código Penal de ese país; art. 80 de la Ley tutelar de menores de Venezuela en relación con el art. 437 del Código Penal de ese país).

b) Como contrapartida, la menor edad del sujeto pasivo de ilícitos tales como suministro de estupefacientes, trata de menores, etc. constituye circunstancia agravante en todos los códigos del subcontinente salvo los casos en que se erigen en figuras autónomas. A este respecto aparece inaceptable la levedad del régimen legal general en punto a la entrega de alcohol a menores, sin distinción de edad, tratada como mera contravención en la mayoría de los Estados latinoamericanos (ej.: art. 378, inc. 2, d) del código penal de Costa Rica; art. 537 del código penal de Venezuela).

c) En cuanto al trabajo de los menores, la situación es compleja, por las razones estructurales antes relevadas, puesto que se entrecruzan disposiciones de los códigos o estatutos del trabajador común, con las de los códigos del niño o leyes tutelares, sumándose a ello las leyes especiales para determinadas actividades.

Una reciente ley colombiana (20/82) regula íntegramente la materia. Exige, para labores no prohibidas por la ley y que no causen perjuicios físicos ni morales al menor de 18 años, la autorización de sus representantes legales o del ministerio de trabajo. Prevé una jornada diaria máxima de 6 horas diarias y un salario mínimo igual al de los adultos. Prohíbe el trabajo nocturno, las horas extras o suplementarias, y las tareas riesgosas para la salud (tóxicas, con temperaturas anormales, contaminantes, ruidosas, con radiaciones, electricidad, explosiones, etc.) o para la moralidad (casas de lenocinio, fabricación o venta de publicaciones contrarias a la moral) del menor trabajador. El Código del Niño de la República Oriental del Uruguay, por su parte, delega en el Consejo del Niño la resolución sobre los trabajos que resultan insalubres o peligrosos para la preservación física y moral del niño. Estatuye, asimismo, el requisito de un certificado que acredite la capacidad física del menor para su admisión en cualquier trabajo

y el examen médico anual obligatorio para continuar desempeñándose en el mismo (arts. 226 y ss.).

La regulación del trabajo de menores debe hacerse en Latinoamérica con muchísimo cuidado, para evitar consecuencias paradójales, como puede ser la de dejarlos más desprotegidos, forzarlos a trabajar clandestinamente y, por ende, en peores condiciones y con empleadores menos responsables o impulsarlos a actividades ilícitas. Estos efectos paradójales son el resultado del exceso de oferta de mano de obra no especializada como consecuencia de la existencia de amplios sectores marginales en límite de subsistencia. Una legislación laboral estricta, no completada con una serie de medidas que encaren el problema en forma global (asistencia social, seguridad, educación, sanidad, etc.), puede ser un incentivo a la desviación primaria o a la prostitución.

d) En cuanto al trámite de la adopción, puede afirmarse que es complejo y oneroso en la abrumadora mayoría de las repúblicas latinoamericanas. Paradójicamente, una institución que posibilitaría la satisfacción moral y material de infinidad de menores de México al cono sur, ha sido legislada con tantos requisitos y tal morosidad procedimental que conducen a desistir al eventual adoptante, favoreciendo de tal suerte la búsqueda de vías ilícitas, como la inscripción falsa en los registros de estado civil de infantes recién nacidos o el mantenimiento de situaciones familiares desamparadas por la ley civil.

Ligado a este tema, cabe recordar una fuente de discriminación genéricamente subsistente: la que consiste en la expresa mención del carácter ilegítimo o extramatrimonial de la filiación de las personas, o en la utilización formularia de casilleros en blanco, de los que se deduce esa filiación.

Algunas constituciones, con buen criterio, ordenan —por ejemplo— que los hijos “nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen los mismos derechos en cuanto a apellidos, crianza, educación y herencia”, o que “al inscribirse el nacimiento, no se hará declaración sobre la calidad de la filiación” (art. 29, Constitución política del Estado ecuatoriano), o bien que “los documentos de identificación para los actos de la vida civil no contendrán mención alguna que califique la filiación” (art. 61 de la Constitución de Venezuela). Resulta, pues, saludable adoptar normas generales que neutralicen esa fuente de mortificación, sin dejar confiado al oficio de los jueces de meno-

res la integración de formularios y cartas de identidad con nombres y apellidos supuestos que reemplacen vacíos discriminatorios.

e) El infligir malos tratos a los menores es tema que constituye creciente preocupación en los especialistas. Factores que cabe imputar a la estructura socio-económica del subcontinente parecen incidir decisivamente en el aumento de niños maltratados por sus progenitores o guardadores. El arsenal de medidas con que cuentan las diferentes legislaciones de la región no es amplio ni moderno: puede afirmarse que se limita, en términos globales, a sanciones civiles como la suspensión o pérdida de la patria potestad, en ciertos países, administrativas —a través de los institutos nacionales de menores—, y las penales ordinarias, corrientemente agravadas en razón del vínculo.

La aparente ineficacia preventiva de tales sanciones y la delicada materia justiciable reclaman un nuevo replanteo del problema y la búsqueda de nuevos medios jurídicos, afines a la respuesta asistencial insoslayable en tales situaciones. Cabe acotar que tratándose no sólo de medidas carentes de eficacia preventiva, sino también con eventual efecto paradójico, es decir, que suelen agravar la situación de la víctima, es urgente ensayar recursos alternativos de diversificación jurídica, y en el orden penal, salvo casos muy graves, dar lugar al principio de oportunidad o poner la acción penal o el ejercicio de la misma o del derecho de denuncia en manos de un organismo especializado que pueda valorar sus efectos en cada caso.

f) Aunque muy otro resulte el panorama fáctico sobre el punto, justo es señalar que todos los ordenamientos jurídicos latinoamericanos consultados al respecto demuestran el interés del legislador en evitar la difusión estigmatizante de eventos delictivos en que un menor sea parte. Leyes y códigos de menores prohíben dicha publicidad previendo sanciones de peculiar potencia disuasiva para los infractores. Al respecto, vale recordar que el art. 129 del Código del Niño de Uruguay establece un sistema de penas que parte de una multa equivalente a 10 días de sueldo para el funcionario público que facilite tal tipo de noticias a la prensa, y alcanza la destitución del mismo a la tercera infracción, sin perjuicio de las penas pecuniarias previstas para el empresario. Tal vez constituya un remedio eficaz a la frecuente trasgresión impune de dichas

conductas, la erección de un delito contra el honor, autónomo y de acción pública, que deberá ser promovida por el ministerio respectivo o los defensores oficiales.

En mérito a lo expuesto, se recomienda:

1) *Reformar las legislaciones en cuanto al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en el sentido de proveer a una amplia y efectiva garantía a los menores.*

2) *Prever la revisión de la legislación en cuanto al maltrato de menores, procurando soluciones alternativas (terapéuticas, conciliatorias, asistenciales) y, salvo casos graves, hacer depender el ejercicio de la acción penal de la representación de un organismo técnico que oiga a todos los sectores y partes interesadas para que con su participación valore las ventajas e inconvenientes de la intervención penal.*

3) *Promover una adecuada protección laboral del menor, que lo preserve en forma efectiva frente a cualquier forma de explotación, pero cuidando muy especialmente que, por falta de otras medidas, no promueva o facilite formas peores de explotación.*

4) *Considerar violatoria de Derechos Humanos cualquier mención que califique la filiación en documentos de identidad o de identificación limitada o habilitantes, o que exija o requiera datos o información en forma que permita deducirla.*

5) *Considerar violatoria de Derechos Humanos y convertir en delito de acción pública la difusión de datos identificatorios de menores vinculados con hechos tipificados como delitos o faltas por la ley penal.*

## SECCIÓN B: LEGISLACIÓN PSIQUIÁTRICA.

1. *Requisitos para la internación manicomial.*— Si bien en todas las legislaciones se prevén algunas disposiciones que regulan las condiciones para la internación manicomial, las mismas resultan insuficientes y, en ocasiones, confusas. En los últimos años el debate psiquiátrico acerca de la necesidad y la conveniencia de la internación se ha extendido considerablemente y las opiniones al respecto se hallan notoriamente divididas en el campo de esa especialidad. La competencia profesional entre psicólogos y psiquiatras, el reclamo de mayor espacio terapéutico de los primeros y la pretensión de pre-

servar el monopolio por parte de los segundos, la lógica limitación del uso de psicofármacos a los psiquiatras, la lucha de escuelas entre éstos y la recepción psiquiátrica de las corrientes psicológicas, los cuestionamientos acerca de la eficacia y efectos secundarios de los psicofármacos y otras intervenciones químicas o físicas, etc., son los factores que en el presente hacen que no puedan dejarse en manos médicas muchas decisiones fundamentales que afectan derechos de los pacientes psiquiátricos, porque dependerá exclusivamente del criterio personal de cada médico el acierto o desacierto de la institucionalización y del tratamiento.

Es verdad que, por principio, el jurista no puede decidir un debate médico, pero el problema psiquiátrico tiene particularidades que lo colocan en una situación límite: el paciente no es, por lo general, quien elige a los profesionales, no está en condiciones (o se le niega el derecho) a elegirlos y a decidir acerca de su tratamiento y destino, dependiendo, en cuanto a derechos fundamentales, de la elección que se le impone. Ésta es la condición netamente diferencial con los otros tratamientos. De allí que sea inevitable la intervención del jurista como ineludible garantía de los Derechos Humanos que puedan verse comprometidos en cada caso y que, entre la disparidad de criterios científicos y las carencias legislativas, pueden afectarse en función de intereses espúreos de índole política, económica, patrimonial, etc. Por otra parte, está suficientemente claro que los establecimientos psiquiátricos no son cárceles, pero también es dable comprobar que hay casos en que ofrecen condiciones más deficientes que las de las cárceles. Ante esta triste realidad, se hace necesario insistir —aunque parezca absurdo— en que ningún establecimiento psiquiátrico puede tratar a sus pacientes en condiciones que violen las “Reglas Mínimas” de las Naciones Unidas, porque cualquier lógica rechaza la posibilidad de que un enfermo pueda ser tratado en forma más rigurosa que un penado.

Entre las disposiciones positivas latinoamericanas, aparte de las disposiciones sobre inimputables de los códigos penales, la Argentina prevé en el Código Civil, particularmente a partir de la reforma introducida por la ley 17.711, que son “incapaces por demencia” las personas que “por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes” (art. 141). Puntualiza que “el demente

no será privado de su libertad sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a otros". "No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial" (art. 482), añadiendo seguidamente que "las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros, o afectaren la tranquilidad pública". "Dicha internación —prosigue— sólo podrá ordenarse previo dictamen del médico oficial".

Por último, precisa la misma norma que el cónyuge no divorciado, los parientes del demente, el ministerio de menores, el cónsul respectivo —si el demente fuere extranjero— y, aun, cualquier persona del pueblo —cuando el demente fuere furioso o incomodare a sus vecinos— pueden solicitar al juez la internación de enfermos mentales, alcoholistas crónicos o toxicómanos que requieran asistencia en establecimientos adecuados, imponiéndose el requisito de una información sumaria previa y de la designación de un defensor especial "para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos" (ley cit.).

También Panamá cuenta con disposiciones referentes a la internación manicomial del enfermo mental, en los códigos administrativo y sanitario. Otro país que regula, aunque más sintéticamente, el punto analizado es el Uruguay, al estatuir en su art. 447 del código civil que el demente "no será privado de la libertad personal sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo o cause peligro o notable incomodidad a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes, ni encerrado ni atado, sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador se obtuviere autorización judicial para cualquiera de estas medidas".

Mas, como se preanunciara, lo corriente en Latinoamérica es que la policía recoja de la vía pública a los alienados —situación que encuentra asidero en algún recaudo legal, como el art. 4 del decr. 1136/70 de Colombia— o bien que los familiares lo entreguen al hospicio. De tal suerte, la "consulta externa" o "sala de guardia" de los hospitales neuropsiquiátricos se convierte en el centro decisorio de la admisión del nuevo

paciente y la decisión del especialista es el único requisito a satisfacer para incorporar a la persona a este peculiar segmento del control social.

La ausencia de disposiciones generales referentes a la asistencia psiquiátrica; deja librado el establecimiento de formalidades a cada centro de salud mental, en grave desmedro de la seguridad jurídica de los ciudadanos y aun en casos en que existe una norma legal (como ocurre con la "Ley de los alienados" de Brasil, sancionada en 1903) la autoridad psiquiátrica se halla consagrada como indiscutible soberana, conforme con los dictados de la época.

Cabe acotar que no hay disposiciones que prevean alguna forma de control sobre el tratamiento mismo, que queda por entero en manos médicas, cuando aquí también el tratamiento psiquiátrico ofrece la particularidad de abarcar medios que son capaces de alterar profundamente la integridad psíquica de la persona o que son dolorosos en grado comparable a la tortura (choques eléctricos, abscesos de fijación, etc.) o de deteriorar progresivamente hasta la muerte, todo lo cual no puede imponerse indiscriminadamente y fuera de alguna forma razonable de control judicial.

Por consiguiente, urge recomendar:

1) *La elaboración a la brevedad de proyectos de legislación que establezcan un estricto procedimiento para la internación, diagnóstico y tratamiento de enfermos mentales, garantizando el control de la autoridad judicial.*

2) *Considerar violatoria de Derechos Humanos la administración indiscriminada de tratamientos que sean sumamente dolorosos, que afecten la integridad psíquica del paciente o que lo deterioren, sin instancias judiciales y permanentes de control.*

3) *En consecuencia con lo anterior, tender a la codificación de la legislación psiquiátrica sobre la base de un estricto control judicial con el menor número posible de internaciones y de tratamientos dolorosos o susceptibles de producir efectos desintegradores o deteriorantes.*

4) *En cualquier caso, establecer el más amplio deber de explicación del médico al paciente (o a su familia en el caso en que aquél no estuviese en condiciones de comprenderla) y el consentimiento previo para la internación y el tratamiento.*

2. *Recursos y controles.*— También en este aspecto, lo frecuente es la ausencia de regulaciones específicas. El interno propiamente dicho no posee recursos frente a su internación ni puede interponer recursos para lograr su libertad en Brasil (como consecuencia de la entronización de la autoridad psiquiátrica soberana en la ley de 1903) ni en Colombia (donde no existen antecedentes jurisprudenciales que revelen la interposición de impugnaciones frente a la internación), ni en la gran mayoría de las restantes repúblicas de la región.

Algún incipiente desarrollo en materia de tales recursos frente a la reclusión manicomial se advierte, en cambio, en la Argentina y Costa Rica.

Distinta es la situación de Venezuela. Si bien es la decisión del médico el único antecedente requerido para la internación del paciente, sin perjuicio de la responsabilidad que quepa, eventualmente, al profesional o al director del hospital, la externación puede tener lugar por decisión del propio asistido o la de su representante legal, con la sola manifestación de tal deseo. Como en los casos de enfermos hospitalarios no psiquiátricos, si el médico opina que no se dan las condiciones terapéuticas para la externación, formalizará una constancia del egreso en contra de la opinión profesional.

En términos generales, los ministerios de salud pública prevén la inspección y control de los establecimientos privados, maguer la notoria inobservancia o deficiencia de tales mecanismos de fiscalización. De todos modos, en algunos países ni siquiera existe la base normativa que sistematice esos controles, como acontece con Costa Rica.

Contemplando el panorama subcontinental parece racional inclinarse por la instauración legal de un régimen de controles estatales respecto de todo establecimiento —oficial o privado— que aloje enfermos psiquiátricos, complementado por la posibilidad de recurrir a la autoridad judicial para lograr la externación a través de un trámite simplificado y en el que el dictamen pericial resulte obligatorio mas no vinculante, en atención a la relativización de los postulados de la psiquiatría clásica a manos de las actuales corrientes en la materia y el comprobado riesgo de convertir al especialista en el juez con mayores poderes que pueda imaginarse.

Cabe tener presente que los poderes que tiene el médico en la psiquiatría no los posee ningún juez republicano (privar de libertad, infligir dolores fortísimos, imponer terapias que alteran profundamente la personalidad o que deterioran, etc.). Este poder, que frecuentemente lo detentan empresas en el ámbito médico, no puede ser ejercido sin control o con meros controles formales.

Por consiguiente, *recomendamos*:

1) *Estatuir un sistema de controles apto para fiscalizar la actividad terapéutica de todo establecimiento —público o privado— que asista o aloje enfermos mentales, así como un eficaz régimen impugnativo en favor del paciente psiquiátrico, prescribiendo un trámite judicial en que el dictamen pericial no sea vinculante a los fines de su externación.*

2) *Habilitar jurisprudencialmente el habeas corpus o recursos análogos para los casos referidos, en tanto no se provea una legislación especial y con recursos igualmente rápidos.*

3. *Intervenciones médicas destinadas a modificar conductas.*— A pesar de los fracasos experimentados por la psicocirugía del corriente siglo en procura de lograr modificaciones positivas de la conducta humana, en algunos países del hemisferio continúa ocupando un sitio en el conjunto de medidas pretendidamente terapéuticas a ensayar en cárceles y manicomios judiciales, lo que ha sido favorecido en función de la simplificación de los medios quirúrgicos, que hoy permiten practicar esas intervenciones a través de microcirugía y sin peligro de vida.

Por cierto, numerosas disposiciones constitucionales empecen el desarrollo de tales prácticas, al elevar la inviolabilidad de la vida humana como axioma ineluctable de la organización jurídica. No obstante, países como Brasil mantienen vigente la práctica de la lobotomía, regulada en el Código Civil, entre las modalidades de tratamiento médico que implican posibles riesgos para los pacientes. Ello supone la previa autorización del asistido o de su responsable legal si el paciente es considerado irresponsable ante la ley. En la Argentina no hay una regulación expresa, pero se han practicado hasta hace pocos años.

En otros casos, las intervenciones lobotómicas o estereo-

táxicas no se encuentran expresamente prohibidas ni autorizadas, mas —en la práctica— no se registran antecedentes de su implementación.

En los países centrales el auge de este tipo de intervenciones parece haber declinado irremisiblemente; tras el apogeo de las operaciones de este cuño en el período 1935-1955, países que se enrolaron tempranamente en su utilización las abandonaron casi por completo, ante la comprobación de su eficacia curativa y de los muchos fenómenos colaterales comprobados. Ello, sin contar los innegables reparos éticos que suscita una técnica que suplanta el auto-control y la responsabilidad humana por estímulos eléctricos o químicos, o compromete caprichosamente y en forma arriesgada la identidad del ser humano mediante mutilaciones de su integridad biológica. No cabe duda, a esta altura de la ciencia, de que se trata de intervenciones quirúrgicas mutilantes y, en consecuencia, nada tiene de qué asombrarse la civilización industrial frente a la reposición de la ley penal islámica, cuando tolera estas mutilaciones, que afectan más gravemente aun la identidad de la persona.

Las grandes masas de población psiquiatrizada latinoamericana necesitan un vallado infranqueable a esta intervención mutilante, más grave que todas las que se han conocido en la historia a título punitivo, porque afecta directamente la integridad e identidad de la persona, lo que la erige en la más aberrante violación legalizada de los Derechos Humanos, por mucho que la actual técnica incruenta disimule su naturaleza.

Una cuestión altamente discutible la constituye el tratamiento basado en técnicas neo-reflexológicas o conductistas. Sin duda que estas técnicas posibilitan una quiebra de la voluntad de la persona, realmente lesiva de la dignidad humana. Sin embargo, no nos animamos a señalar que cualquier empleo de las mismas sea lesivo de Derechos Humanos, puesto que, por otro lado, cabe respetar la libre decisión de una persona que opta por modificar su conducta sometándose a una de estas técnicas. Quizá la solución correcta, desde el ángulo jushumanista, finque en la exigencia de un amplio deber de explicación del médico y en su absoluta prohibición sin consentimiento libre del paciente después de haber comprendido la correspondiente explicación.

En consecuencia, es *recomendable*:

1) *Considerar las intervenciones médicas mutilantes y deteriorantes destinadas exclusivamente a producir modificaciones en la conducta humana, como graves violaciones a Derechos Humanos.*

2) *Tipificar penalmente su práctica e inhabilitar a los magistrados y funcionarios que las autoricen.*

3) *Exigir un amplio deber de explicación del médico antes de aplicar una técnica conductista o reflexológica y prohibir su empleo sin que medie consentimiento libre del paciente posterior a la comprensión de la correspondiente explicación.*

#### SECCIÓN C: LEGISLACIÓN PARA LA TERCERA EDAD.

Es bien conocido el problema de la marginación e institucionalización del anciano. Nuestras sociedades parecen tener escasos miramientos al respecto y una grave tendencia, incluso médica, participa del criterio inevitable de la decadencia y de la consiguiente necesidad de marginación en todos los órdenes. Obviamente hay una declinación biológica, pero la misma se convierte con demasiada frecuencia en una declinación psíquica y existencial, incluso mortal, como resultado de la marginación. Es difícil establecer si los rasgos negativos de personalidad de etapas anteriores se agudizan en la tercera edad o si, por el contrario, se le disimularon antes y se le reprochan a esa edad, a veces hasta el punto de determinar su institucionalización. No pocas personas se han visto en sus últimos años limitadas en sus elecciones, temerosas de ser consideradas "dementes" o seniles.

Todo lo que hemos manifestado respecto de la institucionalización manicomial es perfectamente válido respecto de las personas de la tercera edad y es menester que un organismo con control judicial tome intervención ante cualquier tentativa de esta naturaleza, incluso con consentimiento de la persona, a efectos de reducir al mínimo las institucionalizaciones que, cualquiera sea el concepto bajo el cual se practiquen, son simples formas artificiales de vida que alteran en alguna medida la integridad psíquica.

Por ello *recomendamos:*

1) *Que en cada caso de institucionalización de una persona de la tercera edad, un organismo judicial constate el diag-*

*nóstico y la necesidad o conveniencia de esa internación, con el objetivo general de reducir su número al mínimo indispensable.*

*2) Que los mismos recaudos formales y judiciales que recomendamos respecto de los pacientes psiquiátricos se cumplan con las personas de la tercera edad.*