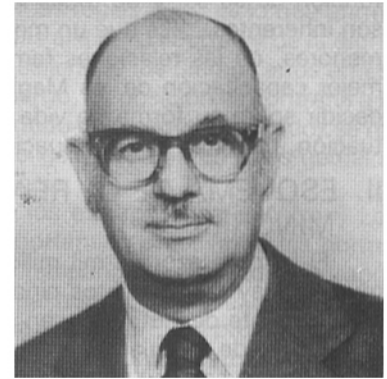


# LA JUSTICIA DE MENORES Y LOS MENORES INFRACTORES



*Por el Dr. Rafael Sajón*

*El Dr. Rafael Sajón es el Director General del Instituto Interamericano del Niño, organismo especializado de la OEA, con sede en Montevideo, República de Uruguay.*

## I. INTRODUCCION

Es esencial para el estado de hoy y de mañana la Justicia de Menores porque se confía un poder que, mal empleado, puede convertir a la injusticia en justicia, obligar a la majestad de la ley a hacerse paladín de la sin razón, e imprimir indeleblemente en la conciencia del joven, de la familia y del pueblo, el concepto de que la justicia es una sombra vana, o el supremo custodio de la paz, de los derechos del menor, de la dignidad humana y de la libertad.

Decía el gran maestro del Derecho Procesal, Piero Calamandrei: "El Juez tiene, efectivamente, como el mago de la fábula, el sobrehumano poder de producir en el mundo del derecho las más monstruosas metamorfosis y de dar a las sombras apariencias eternas de verdades, y porque dentro de su mundo, sentencia y verdad, deben en definitiva coincidir; puede si la sentencia no se adapta a la verdad, reducir ésta a la medida de su sentencia"

Es evidente que los Magistrados de Menores y las personas que ejercen una función similar, no pueden cumplir las responsabilidades que se les impone más allá de lo que permite la preparación profesional que hayan recibido. De su preparación depende el que sepan hacer uso de los medios auxiliares tan valiosos con que cuentan los Jueces y de los que ejercen una función similar, y de esa preparación depende también el que aún con escasos medios realicen en el ejercicio de su función una buena labor.

El Magistrado de Menores y de la Familia es quien en cierta medida representa la justicia y quien realiza la voluntad de la ley, del pueblo y del gobierno, en el pro-

ceso concreto de la realización de prevenir y solucionar los problemas que traen aparejados la inconducta del menor.

Se ha dicho que vivimos una época de realismo y verdad en la que domina el problema de la objetivación. Ya no es posible contentarse con cuestiones jurídicas o sentencias incomprensibles o no adaptadas y sobre todo en esta materia tan delicada de menores. Hoy más que nunca los Jueces de Menores deben estar formados en la medida de lo posible para poder comprender y hacer que la regla de derecho se ajuste a esa realidad humana y que los hechos sean orientados por el derecho.

Es esencial una preparación especial de los Jueces que intervienen en los procesos de menores y de la familia, pues necesitan conocer, no solamente la técnica jurídica, Derechos de Menores y de Familia, sino la Sociología de la Familia, la Psicología Evolutiva Infantil. Economía y Criminología. Además, deben contar con dotes de experiencias suficientes para prevenir y solucionar los problemas y las situaciones concretas que se le presentan antes y después de la comisión de actos delictivos.

El reclutamiento y la formación de los magistrados y de las personas que ejercen una función similar, está vinculado a su capacidad, experiencia y calidades personales. Es la parte viva de la justicia. Decía el Sr. ex Presidente de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud, Dr. Gaston Fedou, actual Consejero de la Corte de Casación de Francia: "En lo que se refiere a la persona lo que todo hombre espera de otro hombre, es no ser solamente juzgado en el aspecto jurídico por un acto o un momento del mismo, sino la

función de su ser y de todas las posibilidades que les son inherentes... "Es que un mejor conocimiento de los menores, de las relaciones familiares a través de una mejor capacitación de los Magistrados encargados de decidir sobre su forma de vida, por un acto o una situación, permitirá una reevaluación de la justicia.

## II. ESQUEMA DE LA REALIDAD VITAL MINORIL

El hambre azota a mil millones de personas en el mundo. Hay cuatrocientos cincuenta y cinco millones crónicamente desnutridos y en países necesitados.

Se puede calcular estimativamente que en el año 2000 más de seis mil millones de personas poblarán la tierra. El índice de aumento de la población será de un 55% en el último cuarto de siglo. Desde 1955 hasta 1999 habrá un incremento de población del 150%. Entre un 20 y un 22% residirán en los países desarrollados y las cuatro quintas partes restantes estarán en las regiones subdesarrolladas. El número de nacimientos en el año 2000 será el doble en las partes pobres de la tierra que en las partes ricas. El 60% de los habitantes del planeta en los próximos 20 años nacerán en Asia, un 18,6% en Africa, más de un 12% en Latinoamérica y menos de un 10% en Estados Unidos de América, Europa, la Unión Soviética, Japón, Australia y Nueva Zelanda.

Sin conocer la realidad fáctica de nuestros menores, de la institución familiar en América, es muy difícil hacer un diagnóstico y un pronóstico, para prevenir y solucionar las causas que estrangulan el crecimiento y desarrollo normal de nuestros menores y evitar la disolución familiar, afirmándola y consolidándola, pues es la célula primaria de la sociedad y el instrumento más precioso de socialización de sus hijos.

Los derechos del menor y de la familia hacen a los fines subjetivos y objetivos del Estado contemporáneo. Los menores tienen derecho y los correlativos deberes de la familia, de la comunidad y de la sociedad, jurídicamente organizada. Los derechos de la familia importan también los correlativos deberes del Estado y sin perjuicio de las obligaciones de las autoridades parentales, los padres y que emergen del actual concepto de la patria potestad y con referencia a sus hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos y especialmente con los menores de edad, los miembros más necesitados del grupo familiar; pues son incapaces y se encuentran en relación de dependencia.

La población de América Latina es definitivamente joven. En 1950-1955 el grupo de 0-14 años representaba el 41% de la población total. Después de esa fecha aumentó ligeramente y para el presente quinquenio ha vuelto al 41%. Se estima que para fin de siglo descenderá a 39%, manteniéndose por tanto todavía muy joven.

En razón de esa estructura joven, las cifras de niños son muy elevadas. Para 1980 el grupo 0-14 años alcanzará en América Latina a 147 millones. Habrá 17 millones de menores de un año, 33 millones de uno a tres años, 21 millones de cuatro a cinco años y 64 millones de escolares de 6 a 12 años de edad. Para fin de siglo el

total del grupo 0-14 años se incrementará en 228 millones, agregando el Caribe, que reducirá algo en el volumen de su población infantil, las cifras pasarán de 150 a 230 millones de menores entre 0 y 14 años. Agreguemos a estas cifras un 10% que corresponde al grupo etario de 14 a 19 años y tendremos entonces una idea cabal de la magnitud de la problemática mundial: 8.6% en Argentina; 10.6% en Perú; 9.3% en Brasil; 9.6% en Colombia; 10% en Chile, y 10.1% en México.

El 27% de los habitantes de América Latina vive en la indigencia. El 34% en la pobreza. El 46.3% no ingieren las mínimas calorías necesarias para su alimentación. Sobre un total de 274 millones de habitantes que viven en América Latina, un 46.8% no tienen agua potable, un 48.1% carecen de luz eléctrica, un 61.3% de quienes viven en zonas urbanas, no disponen de servicios de alcantarillado. Es un informe de la pobreza en América Latina, del Consejo Interamericano, Económico y Social, CIES.

Debemos agregar algunos de los principales problemas que debe enfrentar la niñez latinoamericana especialmente los relacionados con los riesgos de muerte, señalando que éstos aumentan, entre otras causas por las insuficiencias del desarrollo económico, por la postergación de las poblaciones indígenas, por la falta de instrucción de la madre, por los persistentes problemas nutricionales, por la fuerte incidencia de enfermedades provocadas por las condiciones sociales (alimentación, vivienda, y sanidad ambiental) y por la insuficiente cobertura de los servicios.

Las estadísticas son abrumadoras. Se calcula, por ejemplo, que de 100 niños que nacen cada minuto en los países en desarrollo, unos 15 mueren antes de cumplir el primer año de vida. De los 85 que sobreviven 75 no tienen acceso a servicios médicos modernos durante la infancia. Aproximadamente una cuarta parte de ellos sufren de desnutrición durante la edad crucial en que la madre cesa la lactancia. Durante este lapso, las probabilidades que tienen de morir son de 30 ó 40 veces mayores que si hubieran nacido en Europa ó Norteamérica. De los que sobreviven hasta la edad escolar sólo seis de cada diez llegan a poner los pies en una sala de clases y ni siquiera cuatro de ellos terminan sus estudios primarios.

Es necesario señalar asimismo, que los servicios de atención al preescolar son casi inexistentes o se limitan sólo a aspectos específicos del desarrollo del niño. Por otra parte a pesar del desarrollo acelerado de los sistemas educativos, en casi todos los países de América Latina subsisten "bolsones" sociales a los cuales no llega la enseñanza primaria y donde los progresos educacionales son demasiado lentos. En las comunidades rurales, los niños indígenas sufren el conflicto resultante del choque de su idioma y cultura propias con la lengua y la cultura de la sociedad global.

Los niños del medio rural y de los sectores urbanos marginados se ven obligados a incorporarse prematuramente al trabajo productivo y una proporción muy grande de la infancia latinoamericana desarrolla su existencia, en un habitat urbano que compromete su salud.

física y oprime su desarrollo social y espiritual.

En la actualidad hay más menores infractores que en cualquier otra época anterior. Lo acuñado como delincuencia con sus grados variables ha aumentado constantemente desde 1948. Sólo en función del aumento de la población tenemos pues que estar preparados para hacer frente a mayores casos de menores infractores.

No son fáciles de determinar la incidencia y prevalencia de los factores que determinan que los menores sean infractores, considerándolo como una de las situaciones genéricas dentro del amplio cuño de los menores en "situación irregular" conforme al amplio concepto del nuevo Código de Menores del Brasil, recientemente promulgado el 10 de octubre de 1979.

En las ciencias humanas se da la sincronización y esto referido a la conducta de los menores. Los fenómenos sincronísticos no pueden ser explicados por relaciones de causa y efectos. Para Yung, el discípulo rebelde de Freud, son acausales, sin embargo la sincronización es simplemente un principio necesario para el conocimiento. No es una opinión filosófica, sino un concepto empírico que postula un principio necesario para el conocimiento. Desde el siglo XVIII el principio de causa-efecto ha tomado en las ciencias naturales y por reflejo en las ciencias humanas un carácter de exclusividad que ha creado un hábito mental que rechaza como no científico o no "verdadero" aquello que no puede ser explicado a través de causas. A pesar de todo en ciertas esferas de la ciencia prevalecen conocimientos cuya validez se apoya en estadísticas y no en la relación de causa y efecto.

Sostenemos que las hipótesis que formulamos no se ajustan a los modelos tradicionales, ni al mecánico, ni al estadístico puro y que empleamos modelos intermedios.

Esto significa que rechazamos las escuelas tradicionales y las más avanzadas de puro corto biológico, genético, psicológico-social, jurídico o económico, en esta área de los menores infractores, porque no aceptamos en nuestra hipótesis las teorías causalistas y menos la relación sincrónica de delito, delincuente y pena o sanción, ni los estrechos moldes en que se quieren encerrar el derecho y en relación con los menores.

Edward Wilson en su libro "Sociobiología: Una nueva Síntesis, año 1975", Profesor de la Universidad de Harvard, formula su discutida teoría del "Gen", Teoría Genetista, en la que la sociedad marcha en el sentido de los genes, tiene ribetes raciales y una tendencia connotación política. Oponer sus ideas a las de Darwin "La lucha por la vida" a Konrad Lorenz sobre "Conductas agresivas innatas". Aquél explica las estructuras sociales a través de la estrategia genética, el predominio del macho, su tendencia a la poligamia, la violencia, la guerra como lucha de los genes, no la lucha de los individuos; la paz, la ayuda, la cooperación pero como un producto de la conducta genética, de la necesidad genética. En 1970 Burrhus Frederick Skinner, psicólogo de vanguardia, dentro del "behaviorismo" sostiene que el hombre puede ser completamente condicionado y se puede hacer con él lo que se quiera. Basta

con saber y querer fijar las reglas. Esto es lo que afirma Skinner en su libro "Más allá de la libertad y de la dignidad", uno de los best sellers de los últimos años en Estados Unidos. Sin embargo, su posición es contraria a la de Wilson. En igual sentido psicólogos avanzados se refieren a los test de inteligencia y utilizan a los gemelos como marco de referencia.

Es indudable que los etólogos como Wilson, Lorenz, estudian el comportamiento social de las hormigas, las termitas o los chimpancés y pretenden extrapolar al comportamiento del hombre, a su sexualidad, a su sentido del altruismo, a la religión, las pruebas hechas con animales. Vale nuestro razonamiento en el plano ontológico y gnoseológico y los modelos estructurales y estadísticos mixtos.

El IIN ha publicado recientemente un trabajo muy interesante "Las bases de la agresión, su análisis científico", del Dr. John W. Renfrew, Profesor de la Northern Michigan University.

Las hipótesis de trabajo no pueden confundirse a nivel de comentarios y consecuencias, en aventuras del pensamiento, porque eso permitiría a la "política" justificar cualquier cosa en el plano de la prevención general y especial. Hace 200 años Juan Jacobo Rousseau descubrió su modelo de "buen salvaje", es la famosa teoría "ambientalista" según la cual hay preminencia del medio sobre lo heredado. Alain de Benoist (Visto desde la derecha) Henri de Lesquen (La Política de los seres vivos) afirman hoy que la genética lleva ventaja sobre el medio, existiendo pues una desigualdad natural.

Huelgan los términos, delitos, delincuencia, criminalidad, penas o sanciones de naturaleza jurídico-penal. En esta área restringida de los menores infractores, el principio de causalidad puede explicarlo todo pero no puede explicarse a sí mismo. Si dejamos de considerar la causa como un supuesto y pretendemos explicarlo se nos aparece como un concepto impenetrable y con dificultades para ser pensado. La ciencia no exige que se investigue las causas de la "causa". Es que en última instancia esto corresponde a la metafísica o a la teología. Quien pide una justificación del principio de sincronización está pidiendo que se haga metafísica.

Sin embargo para estudiar la situación de los menores, de cada menor, podemos apelar al modelo mecánico, estadístico, para prevenir esa situación y para tratarla y a ese respecto hemos dado datos estadísticos de la situación de los menores especialmente en América Latina y que afectan a su crecimiento y desarrollo normal y a su comportamiento social.

El Derecho de Menores se mueve sobre esas hipótesis de modelos intermedios. El Derecho sustantivo, adjetivo y ejecutivo de menores tiene bases conceptuales, referenciales y operativas: a) el menor, b) su protección; y que lo único que prevalece en este derecho tutivo es el interés del menor, como sujeto y objeto de ese derecho, desenchando los esquemas del Derecho Penal, del Derecho Laboral y de cualquier otro tipo de normatividad jurídica y en cuanto se opongan a aquél.

El más importante sociólogo americano del Derecho Roscoe Pound dijo que: "Acaso el adelanto más

significativo de la moderna ciencia del Derecho es el cambio del punto de vista analítico por el funcional. La actitud funcional exige que jueces, juristas y abogados tengan constantemente en cuenta la relación entre el Derecho y la realidad social como una consideración del derecho en acción”.

### III. EL MENOR INFRACTOR; DISCRIMINALIZACION

La conducta antisocial del niño y del adolescente, puede ser entendida como comprensiva de todas las manifestaciones de la conducta de éste, contrarias a la ley penal, normas jurídicas, a los estilos de vida y la escala de valores de la comunidad. Podría decirse, que la conducta antisocial es la esfera mayor y los delitos, las faltas o contravenciones, la esfera menor, pero comprendida dentro de aquélla. Es decir, todo lo delictual y contravencional es antisocial, pero no todo lo antisocial es delictuoso.

La conducta antisocial también puede ser entendida únicamente como aquellos actos de conducta previstos y reprimidos en la ley penal o sancionadora, como delitos o infracciones de naturaleza jurídica penal. Este concepto es recogido por las legislaciones de Bolivia y Honduras.

Dadas las especiales características del sujeto activo del acto antisocial no se enfrenta a un delincuente, porque no se dan respecto de él los elementos que exige la doctrina del Derecho Penal para la definición jurídico-material del delito, es decir, que se trate de un acto humano, típico, antijurídico, imputable, culpable y punible. Los actos cometidos por los menores que implican la violación de una ley penal no son imputables ni culpables, pues los mismos no tienen plena conciencia de las consecuencias de su obrar y no poseen capacidad de derecho. Tampoco son culpables por tratarse de seres en desarrollo que no alcanzan a comprender el sentido y proyección de sus actos.

Al faltar estos elementos conceptuales del delito, la imputabilidad y culpabilidad, no puede denominarse delito al acto antisocial, y, en consecuencia, tampoco le es aplicable a su autor el calificativo de delincuente.

El Seminario Latinoamericano sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Río de Janeiro en 1953, llegó en este aspecto, a la siguiente conclusión: “Es técnicamente inadecuada la expresión delincuencia juvenil, por no reunirse los elementos esenciales del concepto doctrinal del delito”.

El acto antisocial en sí sólo interesa en cuanto constituye una manifestación, un síntoma de que el niño o joven se encuentra en estado de peligro y que es necesaria una medida de protección, de asistencia, educación o reeducación.

Como consecuencia de la falta de adaptación a los diversos medios normales de socialización, los adolescentes y jóvenes no reciben ninguna orientación familiar ni capacitación adecuada. La falta de oportunidades y de adaptación les induce hacia formas “paralelas” de ganar dinero, valiéndose de medios ilícitos y poniéndose en contacto con subculturas criminales.

## IV. TRIBUNALES DE MENORES

La protección y tratamiento de la inadaptación supone la puesta en funcionamiento de una serie de instituciones que operan en el ámbito de la administración y de la jurisdicción.

Desde el primer contacto del menor con la autoridad hasta el cumplimiento de la medida tutelar dispuesta por el tribunal se hace necesaria la intervención de organismos y agentes especializados que actúen coordinadamente. Estos instrumentos operacionales son básicamente los siguientes: tribunales de menores, centros de observación, regímenes de libertad vigilada, policía de menores, organismos ejecutivos de protección de menores, establecimientos de reeducación, etc.

Con un criterio selectivo y destacando lo más esencial, se hará referencia solo a los tribunales de menores y a los aspectos procesales de la jurisdicción de menores.

Los Estados Unidos de América, fue la primera nación en sancionar una ley creando la Corte Juvenil (Chicago, Estado de Illinois, 1899) y al hacerlo tuvo en cuenta las consideraciones sociales sobre las limitaciones lógicas a que se someterá a un menor en el proceso criminal.

Esta ley que fue denominada la Carta Magna de la Minoridad, de naturaleza eminentemente protectorial, descansaba sobre tres bases: espíritu tutelar, sistema de prueba, procedimiento especial.

Estos principios más benevolentes y menos formales que los que informaban a los tribunales criminales se expandieron por todos los Estados Unidos, Europa y América creándose Tribunales de Menores, en Brasil 1924, México 1926. Se prescindió de la magia de los procedimientos ordinarios y del formalismo judicial, insuflados por un nuevo aire de flexibilidad y dando a los jueces amplias facultades. Se constituyeron los Tribunales de Menores, Consejos Tutelares de Menores y la Cortes Juveniles o de Familia, con una naturaleza tutelar y no represiva y atendiendo a que su finalidad es socio-pedagógica.

Se considera sustancialmente que no había, en relación al menor autor de hechos antisociales — que hubieran sido cometidos por mayores serían delictuosos — una pugna entre el ciudadano y el Estado sino la protección, la tutela de aquél. No se trata de la regulación de un proceso de partes estrictamente judicial — acusador y acusado.

El proceso de menores es un particular tipo de proceso, ni civil, ni penal; es la concepción de un proceso sin partes; sin aceptar las ideas de Calamandrei y el maestro Ciovenda, de una “contradictio in adiecto”. Sin renegar de la necesidad de la jurisdicción, no se acepta el conflicto de intereses porque el interés del Estado es la protección integral del menor y de declarar y realizar sus derechos, actuando la voluntad de la ley del Estado, la de la sociedad jurídicamente organizada.

En este tipo de proceso, al igual que en el proceso civil especial, domina el principio inquisitorio, a diferen-



cia del dispositivo. Este es propio del proceso civil común ordinario, así como el acusatorio es propio del penal.

En el proceso de menores, estando el juez llamado en substancia a decidir el derecho del menor, el interés del Estado, expresado en la ley, es de proteger integralmente al menor y se realiza en el proceso, a través de la sentencia o de la resolución del juez.

El juez no está vinculado por los acuerdos y por la conducta procesal de los sujetos de la relación, como sucede en el proceso civil común, en el proceso penal; en que se requiere la acusación y la defensa. De aquí muchas de las características de este proceso: a) poderes de iniciativa; b) pruebas ordenadas de oficio; c) ineficacia probatoria de la admisión; d) prohibición del arbitraje.

Los Tribunales de Menores se entienden como organismos jurisdiccionales y el proceso de menores como una relación jurídica, cuyo objeto es proteger los derechos del menor, con la declaración de certeza.

El procedimiento es especial porque el Tribunal de Menores es especial, porque su finalidad singular como organismo jurisdiccional es declarar el derecho a la protección integral. No es un Tribunal que resuelve conflictos o litigios, sino eminentemente y esencialmente protectorial.

La disposición del menor por el Tribunal y su interacción, la sumisión a un tratamiento educativo o reeducativo, son una consecuencia de aquél y superando los criterios clásicos y convencionales del conflicto, del enfrentamiento jurídico, de la vindicación.

El Estatuto de Menores de Venezuela y el Código del Menor de Bolivia, en su artículo tercero, por singular identidad, establece imperativamente que "sus disposiciones se aplicarán con preferencia a otras leyes".

Es decir, que en caso de conflicto de leyes en los países pre indicados, las prescripciones sobre menores prevalecen sobre cualquier otra.

Las leyes tutelares de menores de muchos países de América declaran explícitamente "el interés del menor como prevalente al de otros sujetos de derecho".

En los casos de intereses contradictorios, la propia ley especial prescribe, como deberá resolverse la situación y señalando al juez que debe hacer primar los intereses del menor.

El derecho de menores, tuitivo, finalista, teleológico, de orden público, en los Códigos del Niño, de Menores o en los Estatutos o Leyes Tutelares, establece expresa e implícitamente el derecho prevalente del menor y de la legislación especial de menores; y que en caso de conflicto de las disposiciones del derecho de menores — código y estatuto ley — con la de otras leyes debe aplicarse aquélla y aún por analogía los principios especiales del derecho de menores.

La naturaleza especial del derecho de menores y el interés público, determina el conjunto de reglas que se deben tener en cuenta para su interpretación y aplicación, las cuales pueden señalarse:

- a) Principios de analogía.
- b) Interés prevalente del menor.
- c) Aplicación preferente.
- d) En la duda se presume la minoridad.
- e) Carácter retroactivo.
- f) Carácter universal de sus disposiciones.

El que exista o no una litis entre las partes es diferente aún en los procesos inquisitorios; la necesidad de recurrir al juez surge de la especial naturaleza de la relación jurídica, no de la actuación de la parte contraria.

No es aceptable la tesis de Massari cuando asigna a la jurisdicción la finalidad específica o característica de resolver un conflicto de derechos subjetivos en oposición.

Por todo esto y en cuanto a su naturaleza jurídica, el Tribunal de Menores es un organismo jurisdiccional declarativo de derechos.

¿Cuál es el derecho que declara?

Se dan diversas teorías:

a) "El de la libertad del menor enjuiciado", que es la sustentada por algunos autores de derecho de menores: Angarita Trujillo y Rafael Mendoza, de Venezuela.

b) "El derecho de la educación por los padres", sostenida por el eminente jurista norteamericano Roscoe Pound; Jean Chazal, el insigne magistrado francés y por el Dr. José Pedro Achard, distinguido jurista uruguayo.

c) "El supremo interés de la colectividad", expresado por el Dr. Jorge Eduardo Coll, de la Argentina y el inmortal Dr. Mello Matos, del Brasil.

Estas teorías difieren en cuanto a la naturaleza del litigio y el derecho comprometido, la libertad del menor; la dirección, educación por los padres, el derecho del Estado.

Las soluciones procesales son entonces diferentes: admisión o no del recurso de habeas corpus, litigio o no con intervención de los padres o del Ministerio Público.

Diferimos con estas teorías teniendo en cuenta los modelos aceptados y ateniéndonos al grado actual de desarrollo del Derecho de Menores y sostenemos conforme a la naturaleza de este derecho, derecho eminentemente social, tuitivo, que lo que se declara es "el derecho a la protección integral". No hay litigio entre el menor y la sociedad o entre el padre y la sociedad. El organismo jurisdiccional declara el derecho con el objetivo de realizar, efectivizar la protección integral, con relación a un marco de referencias, los derechos del niño, del menor.

La solución procesal es entonces distinta, pues no está en juego ni la libertad del menor, ni el derecho a la educación del menor por sus padres, ni el interés supremo de la colectividad.

No es entonces necesario ni conveniente el recurso de habeas corpus, ni que sean parte los padres con todas las atribuciones que corresponden en el proceso a los litigantes, ni la presencia del defensor particular del menor o del padre, ni la intervención o presencia del agente fiscal.

## V. LEGISLACION VIGENTE EN LATINO-AMERICA

La jurisdicción especializada existe en Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela. En los países de régimen federal como Argentina, Brasil, México y Venezuela, estos Tribunales existen en el ámbito federal y en algunas provincias o estados. En otros países, aunque no existe la jurisdicción especializada, se prevé que los tribunales ordinarios sesionen especialmente para decidir asuntos de menores.

En cuanto a su composición, son unipersonales en la mayoría de los países, con excepción de Bolivia y México, donde se componen de tres miembros: abogado, médico y educador o asistente social. En Ecuador el órgano de alzada, la Corte Nacional de Menores, que tiene jurisdicción en todo el territorio nacional, es colegiado y compuesto por cinco miembros: tres doctores en jurisprudencia, un médico (pediatra) y un educador. En Guatemala el Código de Menores (1980) sigue este sistema.

La jurisdicción de menores debe tener un sentido pedagógico y protector — como lo tiene todo el Derecho de Menores — y de ninguna manera represivo o sancionador. Por eso, las cualidades requeridas para el desempeño de estas funciones difieren de las exigencias para la justicia común. El carácter pedagógico y protector es enfatizado por algunas legislaciones (Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú y Uruguay).

En cuanto a la competencia de los tribunales de menores, existen en la legislación de los países americanos dos sistemas. Uno está integrado por aquellos países que les asignan una competencia restringida, referida solamente a los casos de conducta antisocial, abandono material y moral y situaciones de peligro (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México). El otro sistema, de competencia amplia, atribuye a los tribunales de menores, además de las materias mencionadas, aquellas cuestiones que tradicionalmente pertenecen al ámbito del Derecho de Familia, como adopción, tenencia, guarda, tutela, patria potestad, investigación de paternidad, etc. (Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela). En aquellos países en donde además de tribunales de menores existen tribunales de familia, como en Guatemala, la delimitación de competencia se efectúa atendiendo a los dos sistemas expuestos.

En cuanto al emplazamiento de estos tribunales dentro de la estructura jurídica del Estado, existen dos sistemas. La mayoría de los países atendiendo al principio de separación de poderes y destacando la función jurisdiccional de estos organismos, lo han emplazado integrando el Poder Judicial (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela). Otros países, siguiendo el sistema escandinavo, los ubican en la órbita del Poder Central (Bolivia y México).

Dentro de la tripartición de funciones del Estado (administrativa, legislativa y jurisdiccional) la actividad de los tribunales de menores es a nuestro juicio sustancialmente función jurisdiccional. Su cometido principal, de naturaleza tutelar y protectora es la realización de los Derechos del Niño a través del Derecho de Menores. Aún cuando somos partidarios de este sistema, debe reconocerse que el "sistema administrativo" ha funcionado satisfactoriamente.

## VI. MEDIDAS TUTELARES

El derecho de menores regla en el ordenamiento jurídico la protección integral del menor de edad hasta que forme en plenitud su personalidad. Además requiere en el ordenamiento social todo un sistema de medidas tutelares que realice esta pretensión a través de la educación, concebida en función de ofrecerle las mejores oportunidades de vida y acceso a los valores para que en definitiva pueda participar en un plano de igualdad.

Todo lo relativo a la rehabilitación del menor infractor o que se manifiesta socialmente inadaptado es objeto de una disciplina especial: la pedagogía correctiva que estudia los diversos sistemas de tratamiento.

Casi toda la doctrina es armónica en considerar que, hasta donde sea posible, debe evitarse la internación del menor para que no se desvincule de su medio familiar y social. Surge así la libertad vigilada como la medida más eficaz, porque no retarda el proceso de integración.

La libertad vigilada, encarada como sistema de tratamiento y opuesto al tratamiento institucional, persigue la rehabilitación del menor sin segregarlo del medio familiar y social, utilizando los beneficios insustituibles que el habitat natural ofrece al hombre para su crecimiento y desarrollo.

La libertad vigilada forma parte del derecho de menores, en sus aspectos sustantivo, adjetivo y ejecutivo.

La libertad vigilada, desde el punto de vista del derecho ejecutivo de menores, es un tratamiento en régimen abierto dispuesto por el organismo jurisdiccional por el cual un oficial o delegado del tribunal vigila, orienta al menor y a su familia. Consiste en todo un proceso educativo o reeducativo de apoyo, a nivel individual, familiar y comunitario que se realiza con personal profesional y voluntarios preparados, entrenados y supervisados por los delegados del tribunal. Todo lo relacionado con sus fórmulas de aplicación, término de duración, medidas sustitutivas depende del organismo jurisdiccional, sin perjuicio de que el personal dependa de un organismo ejecutivo de protección de menores, diferente al organismo jurisdiccional, pero que actúa coordinadamente o como auxiliar del organismo jurisdiccional (tribunal) de menores.

A nivel del derecho positivo latinoamericano aparece regulada — entre otros países — por Argentina (Ley

Nos. 10093 y 14394); Chile, Ley N° 16618; México(\*), Ley del 26 de diciembre de 1973 que crea los Consejos Tutelares para menores infractores; Perú, Código de Menores de 1962; Panamá, Ley N° 24 del 19 de febrero de 1951; Costa Rica, Ley N° 3260 del 21 de diciembre de 1963; Venezuela, Estatuto de Menores de 1949 y Uruguay, Código del Niño de 1934.

Las medidas aplicables deberán ser de orden psico-pedagógicas y con la participación activa de la familia y de la comunidad y adaptando los tratamientos a las situaciones de los menores y teniendo en cuenta las diferentes áreas urbanas, periurbanas y rurales. En la medida de lo posible no segregando al menor de su medio familiar y social normal. (Probation System) o con familias o en pequeños hogares. Excepcionalmente deberá corresponder la internación y en estos casos el régimen deberá ser disperso y en casas hogares. Las medidas podrían cumplirse en casas de campo o en tareas artesanales o rurales, internación en los fines de semana y especialmente conforme a la vocación del menor aprovechando sus aptitudes artísticas, científicas, o de destreza para oficios y a través de la educación técnica, aprendizaje y capacitación y orientación profesional y conforme al mercado de empleo y a las demandas del mercado que permitirán a través de la educación física (ludoterapia), recreación dirigida, laborterapia y proceso reeducativo, desarrollo social, respeto de la persona humana (ergoterapia), rehabilitarlo plenamente restableciendo en forma vincular y circular mejores relaciones familiares, y sociales (escuelas, trabajo y vida participativa).

Se debe señalar que cada Estado deberá definir su política de protección de menores, estrategias y tácticas, teniendo en lo posible como marco de referencia la "Declaración de los Derechos del Niño" y a nivel regional americano las recomendaciones de los Congresos Panamericanos del Niño especialmente los XI, XII y XIV y que trataron los temas "El menor abandonado"; "La conducta antisocial del menor" y "El menor en situación irregular", respectivamente. Estos congresos son los órganos del Instituto Interamericano del Niño, organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos y se desarrollaron también como Conferencias Interamericanas Especializadas, es decir también como órganos de la OEA.

## BIBLIOGRAFIA

FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). Situación de la Infancia en América Latina y el Caribe. Págs. 403-418. Editorial Universal. Chile 1979.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DE POLICIA CRIMINAL. INTERPOL. Revista Internacional de Policía Criminal. N° 332. Edición Española, Noviembre de 1979.

## VII. EPITOME

La experiencia histórica, la investigación científica y social y el banco de prueba jurisprudencial, ha demostrado qué crueles hemos sido con los menores al someterlos al Derecho Penal y a los Tribunales y a los procedimientos de la justicia tradicional. El derecho de menores que crece y se desarrolla libremente en América y Europa, ha conseguido abstraer al menor del derecho penal sustantivo y adjetivo procesal, de ese derecho retributivo y expiatorio, acusatorio, que no se justifica actualmente, para niños, adolescentes y jóvenes menores de edad.

Este nuevo derecho de "jure condendo" debería proteger al menor y especialmente a los menores en situación irregular, incluyendo a los menores infractores.

En el Año Internacional del Niño y al cumplirse el 20 de noviembre de 1979, 20 años de la Declaración de los Derechos del Niño, debió aprobarse un convenio sobre los derechos de los niños por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que fuera ley de los Estados y explicitarse en la misma que los menores de 18 años que cometieran alguna infracción debieran ser sometidos a un régimen tutelar y a medidas y tratamientos de protección, educativos, reeducativos, de rehabilitación y que consulten la realidad fáctica y la valoración axiológica de los países y empleando nuevos modelos que consulten el interés de los mismos y conjugando en lo posible el espíritu proteccional que debe informar la "Nueva Justicia de Menores" y en la que interesa más que todo tipo de razones, la capacitación profesional, la readaptación social que le permita convivir solidariamente y en forma honesta con sus semejantes. Deseamos que se reactualice esta idea y que en la próxima reunión de la Asamblea General se apruebe el premencionado convenio.

En definitiva, se intenta mejorar la calidad humana, prevenir la conducta irregular, posibilitar una vida participativa en el proceso de desarrollo económico y social y asegurar la paz. Luchar por los niños y organizar una mejor administración de justicia de menores, es luchar por la paz. ■

REVISTA INTERNACIONAL DEL NIÑO. Unión Internacional de Protección a la Infancia. Grupo Consultivo para Problemas Sociales de la Infancia y de la Juventud. Oslo 1975. Audiencia e Interrogatorio del niño y del adolescente para la policía y la justicia. Madrid, Setiembre-Diciembre de 1976, Pág. 75 a 83.

SAJON, Rafael. La Defensa Social y el Menor Infractor. Instituto Interamericano del Niño. Montevideo, Uruguay, Diciembre de 1979.

(\*) Decreto 1720/4/10/1976 y Decreto Ley 2465/10/1/1979.