

## Derecho de Menores. Aspectos procesales

Por

Angela Lourdes Iglesia Llano

La importancia y trascendencia de los intereses que en la jurisdicción de menores y de familia se proyectan, exigen la actuación de órganos dinámicos de actuación prontísima respecto de los cuales, las normas procesales comunes resultan insuficientes.

En general, en el campo del Derecho es dable observar que la especialización de una determinada rama del mismo trae como consecuencia la necesidad de instituciones específicas en las diversas jurisdicciones y de normas procesales también específicas. Esto es lo que ocurrió con otras ramas del Derecho, y algo similar es lo que está sucediendo con el Derecho de Menores y de Familia.

La eficaz protección de los intereses del menor exige normas procesales especiales, basadas en principios informadores tales como la verdad real, preclusión, orden público, oralidad, intermediación, concentración, valoración de las pruebas, etc.

Es sobre estos principios en los que tienen que apoyarse o, mejor dicho, sustentarse la justicia de menores.

### Principios informadores del Derecho de Menores

**Principio de concentración:** Con respecto a este principio, existe doctrinariamente una gran polémica al respecto. Se planteaba el problema de si un Juez de Menores debía ser instructor, juzgador y ejecutor de sentencia.

En algunos países, sobre todo en aquellos en que los tribunales de menores tienen carácter represivo, está perfectamente diferenciado este proceso de la instrucción y del juzgamiento y existe el acusador público y el defensor. Esto lleva a la discusión de si desde el punto de vista de una Ley Tutelar de Menores, de un Tribunal Tutelar de Menores, es conveniente y necesaria la figura del acusador público, del fiscal. El *Dr. Rafael Sajón* considera que el acusador público no debe existir en un proceso de carácter eminentemente tutelar<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sajón, Rafael, "Introducción al Derecho Procesal de Menores", I.I.N.

“...No necesitamos una figura del *vin dicador público* si no vamos a castigar al menor, si no lo vamos a sancionar penalmente...”

Creo que la figura del acusador no la necesitamos y hasta me parece impropia en un proceso tan particular, como es el de menores. Podemos protegerlos, educarlos, reeducarlos, resocializarlos.

En algunos países, tales como Ecuador, Brasil, inclusive la Argentina; existe un funcionario que se ocupa específicamente de proteger los intereses de los niños, el Asesor de Menores o también llamado Defensor de Menores.

#### **Principio de no formalidad procesal o de flexibilidad de las formas**

El Código de Menores de Ecuador establece: “*En ningún caso se sacrificará la justicia a la sola omisión de las formalidades legales*”. En el proceso de menores, es sabido que prevalece la verdad real por sobre la verdad formal, siempre se hará prevalecer el interés del menor.

#### **Principio dinámico**

El tiempo es importante para el niño, ya que sus necesidades insatisfechas, que le impiden el desarrollo pleno, no pueden dilatarse. No reconocer ese lapso implica postergar o

menospreciar aquellos derechos que garantizados constitucionalmente le son vulnerados.

La celeridad en el proceso de menores significa intervenir con velocidad. Este principio implica la necesidad de resolver en forma inmediata, cuestiones que estarían impidiendo el normal crecimiento del menor.

#### **Jurisdicción especializada**

Se advirtió la necesidad en materia de menores, de contar con organismos especializados, como presupuesto elemental de una política eficaz en torno a la minoridad.

A partir de 1937, en que se establece el Tribunal de Menores en la Provincia de Buenos Aires, prosiguen con dicha implementación las provincias de Mendoza (1939), San Juan (1947), Santa Fe (1949), Chaco (1956), Córdoba (1957), Salta (1961), Santiago del Estero (1968), Formosa (1969), Catamarca (1983), Entre Ríos (1991), Corrientes (1970).

La situación de desigualdad en que se encuentran algunos menores que son juzgados por organismos no especializados, frente a algunas provincias que les otorga a los mismos un tratamiento específico, nos lleva a rever una nueva política integral de minoridad<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Calavantes, en un sentido amplio se define la Jurisdicción como la potestad pública de conocer y fallar los asuntos, conforme a la Ley, o sea la facultad atribuida al juez para dictar justicia. Calavantes, Tratado, T. I. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1953, pág. 118.

Las exigencias de especialización, de actuación rápida, de principios procesales informadores distintos de los imperantes en el proceso común, hicieron necesaria la creación de estos tribunales de menores, los cuales se han extendido por casi toda América.

### Necesidad de codificación

Siendo el Derecho de Menores un nuevo derecho autónomo, con fines propios, con características muy particulares, con principios propios, con un sistema integral que cubre todas las necesidades del menor, es imprescindible aunar en un cuerpo único toda la legislación existente y que día a día avanza; he ahí la justificación de su codificación.

Se entiende por ésta, la reunión ordenada, sistemática y metódica de todo derecho positivo vigente.

La implementación de un Código de Menores que reúna todos los asuntos y materias dispersas en las leyes comunes y especiales, no sólo ayudaría a la solución de los problemas que atañen al menor, sino a efectivizar los derechos contemplados en la Constitución Nacional. La tendencia actual en el Derecho de Menores es la codificación, ya que la misma obedece a un criterio objetivo, real y concreto: *"la protección integral del menor"*.

Han sancionado Códigos de menores,

del niño o de la infancia: Paraguay, Uruguay, Guatemala, Venezuela, Ecuador, Brasil, Colombia, Perú, Bolivia, El Salvador.

En la Argentina es inminente la necesidad de establecer un Código o un Estatuto o Ley Orgánica Integral sobre los menores para: ordenar, armonizar y sistematizar todo lo referente a la protección del menor disperso en diferentes leyes. Su fundamento, además de lo expresado precedentemente, estriba en tres premisas básicas: es *"justo, es útil, es necesario"*.

En la República Argentina han sido muchos los proyectos de Código del Niño, empezando en el año 1916 con las iniciativas de Gache y Bullrich; del diputado Bard en el año 1925, en el mismo año el del diputado Pinto; de los diputados Loyarte y González en 1932, del senador Catillo en 1933, de Cool en el mencionado año, del diputado Mouché en 1937 y del diputado Cabral en 1941.

Aún no se llegó a concretar ninguna de estas iniciativas. Es aquí cuando Osorio se pregunta: *"¿Qué cosas graves serán las que en verdad interesen a este pueblo tan rico, tan culto... y tan descuidado?"*<sup>3</sup>.

### Importancia de los servicios técnicos auxiliares para la efectivización del Tribunal de Menores

Es imposible reunir en una sola perso-

<sup>3</sup> Osorio, Código del Niño, (un gran proyecto), JA, 24-1974-118.

na la extensa gama de conocimientos necesarios, para atender al menor idóneamente, pese, en muchos casos, a la especialización del magistrado.

Es necesario dotar a los tribunales de menores de personal técnico con capacidad suficiente sobre los distintos aspectos que atañen a la realidad de los niños.

Este servicio, técnico-profesional, deberá integrarse en forma interdisciplinaria con profesionales, no solamente del campo del derecho sino también, y en forma complementaria, con médicos, psicólogos y asistentes sociales; sin desmerecer en lo enunciativo otras profesiones, que también pueden colaborar en una sana política de la minoridad al ejercer funciones de auxiliares de los organismos jurisdiccionales y administrativos, de protección de los menores en el campo de la prevención general y especial; en la aplicación de los tratamientos de rehabilitación y readaptación de los menores y en la organización de los servicios sociales de menores; así como también en la resolución alternativa de conflictos. Esta última podría ser una medida previa a cualquier etapa procesal normal.

Ultimamente, está siendo utilizada en los EE.UU. de América, sobre todo en un aspecto que hace al menor y que se refiere a los conflictos que

tiene éste en el medio educativo.

El Código de Menores del Perú de 1962 se refiere a ellos denominándolos: "*Gabinetes de Observación y Orientación*".

Estos servicios, consigna, contarán con médicos, psicólogos, pedagogos especializados, asistentes sociales, a fin de poder realizar un estudio del menor desde diferentes puntos de vista y trazar el diagnóstico de su personalidad.

Asimismo, el Código del Menor de la República del Paraguay se divide en seis libros. El primero dedicado a la protección del menor, el segundo al trabajo de los menores y mujeres grávidas o con hijos lactantes; el tercero referido a los menores en situación irregular; el cuarto concerniente a la jurisdicción especial de menores y el sexto dedicado al Organismo Administrativo (Dirección General de Protección de Menores). Este Código fue sancionado por ley 903 del 10/12/81<sup>4</sup>.

#### **Nuevas tendencias en la justicia de menores**

El Derecho Procesal de Menores es una disciplina autónoma ya que se diferencia en cuanto a sus fines y objetivos específicos, así como también de principios propios, de otras ramas del

<sup>4</sup> El Código de Menores tendrá por finalidad formular, reglamentar y proteger el derecho del menor a vivir en condiciones que le permitan llegar a su completo y normal desarrollo físico, intelectual y moral (XI Congreso Panamericano del Niño, Bogotá).

Derecho, y además porque sus normas obedecen a un plexo valorativo que opera pendularmente y en forma compleja en el campo del Derecho Civil, como en el campo del Derecho Penal.

El proceso de menores es un tipo particular de proceso, ni civil, ni penal: "de menores". Es un proceso sin partes, no podemos hablar aquí de conflicto de intereses, porque el único interés del Estado es la "protección integral del menor"<sup>5</sup>.

La moderna victimología ha avanzado de tal manera que antes estaba fuera del proceso la víctima; y ahora está en el mismo; esto también hizo ganar espacio al Derecho de Menores.

De ahí que confirmando los párrafos precedentes, actualmente se revela un cambio trascendente en la concepción de la infancia.

Constituye un desafío para los jueces y operadores del Derecho, que se reconozcan a los niños y adolescentes en la actuación judicial como verdaderos "protagonistas activos", con participación plena, capaces de modificar la realidad social que viven.

También se debe señalar que una función esencial de la Justicia de Menores es efectivizar los derechos humanos, consagrados en la Constitución Nacio-

nal y en los tratados con igual rango.

Es decir, el juez debe buscar una prevención del conflicto posible o una solución de contenido inmediato.

Hoy por hoy, los jueces y abogados que actúan en el campo del Derecho de Familia y de Menores, se enfrentan con una realidad compleja que los obliga, ante lagunas de normas legales, a dar soluciones mágicas para asegurar los derechos del niño y la familia.

El concepto de "familia" ha cambiado, y hoy no tenemos aquel modelo único y típico de familia, el paisaje familiar nos muestra un panorama distinto del que vivieron nuestros progenitores, esto lo demuestra la legislación vigente que, aunque lenta, trata de adecuarse a estos nuevos tiempos.

Hablamos de "familias ensambladas", es decir aquellas que se constituyen cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior.

Estas familias plantean conflictos entre la nueva familia y las precedentes en materia, por ejemplo, de concurrencia alimentaria, régimen de visitas o autoridad paternal, que los abogados deben presentar y los jueces resolver, priorizando el interés superior del menor, haciéndolo menos vulnerable al mismo, respaldándose en las normas

<sup>5</sup> D'Antonio, Daniel Hugo, "Derecho de Menores", Edición, 1994, Edit. Dalma, pág. 365.

constitucionales y en los tratados pertinentes.

Es decir que ante el vacío legislativo, los jueces deben resolver el conflicto, mediante la fórmula *"el interés superior del niño"*, que aunque muchas veces peca de riesgosa y discrecional, es necesario establecer un parámetro ante tanta falta de legislación. Entiendo que el *"interés superior del niño"* constituye un principio garantista en cuanto representa los derechos del niño como persona.

La justicia de Menores y de Familia se encuentra con la tarea de armonizar los principios de identidad, de libertad y respeto del otro.

La tendencia actual en materia de conflictos familiares es impulsar *"formas no adversariales de resolución de conflictos"* como es la *"mediación familiar"*, para que las propias partes asuman la responsabilidad en la solución del conflicto.

Es decir, la idea es acercar a las partes y lograr el consenso y participación en las soluciones posibles. De ahí la importancia de la resolución alternativa, donde juega la mediación, negociación y el arbitraje.

El proceso judicial de menores requiere un cambio trascendente, es necesario un tratamiento especial y profundizado. Los niños no pueden estar en un segundo plano, no pueden seguir siendo materia pendiente para gobernantes y legisladores.

En el proceso, cualquiera fuere el mismo, debe no ser considerado al menor como un objeto o materia del mismo, sino como sujeto al que se le debe protección; garantizándoles sus derechos, que los tiene que gozar como tales.

Es preciso *"justicia especializada"*<sup>6</sup> con una estructura propia y adecuada y acompañada de especialistas técnicos y un procedimiento en el que se respeten los principios de concentración, inmediación y economía procesal.

Para ello se hace necesaria la capacitación de los distintos estamentos administrativos desde los funcionarios, auxiliares de distintos rangos; para lo cual deberán implementarse los programas respectivos en las distintas escuelas judiciales. Sin efectividad y rapidez, si el servicio de justicia llega tarde a situaciones de peligro inminente, no sirve.

<sup>6</sup> El Encuentro Nacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores (Santa Fe, 1980) recomendó el establecimiento de tribunales de Menores en todas las Provincias que no lo tienen, así como en la Capital Federal. Esta recomendación fué reiterada *"enfáticamente"* en el II Encuentro, celebrado en Buenos Aires en 1981. También el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, 1981) propició la creación de tribunales de menores, dotados con equipos humanos interdisciplinarios y materiales, y la sanción de las legislaciones o estatutos complementarios.

### El litigio como forma de solución de conflictos

Abogados y jueces provienen de un tronco común que después se diversifica entre las variadas ramas que ofrece la profesión: una de ellas es el litigio ante los Tribunales.

La cantidad de asuntos que el creciente número de nuevos abogados (alrededor de mil al año) conduce a los Tribunales, contribuye a la asfixia del sistema e influye la calidad y oportunidad de las respuestas judiciales.

El litigio, con su sistema adversarial de ganadores y perdedores en el que el abogado es protagonista, predomina de modo incontrastable como método de solución de los más variados conflictos.

Suele advertirse la promoción de malos litigios, frívolos y hasta fraudulentos. Los abogados son una pieza importante, si no determinante, del sistema de justicia. Son los primeros jueces que conocen de los conflictos, sin embargo no desincentivan el litigio como forma de solución de los mismos, a pesar de ser reconocidamente costoso, penoso, destructivo e ineficiente y a pesar de que no altera las causas de las controversias.

Algunos autores afirman que ¡hay que despertar a la justicia existente!, pues hemos llegado a ser ciegos de cómo se

perjudica la vida de las personas cuando se llevan los conflictos humanos a la justicia.

Uno de los grandes desafíos o misión de futuro para el presente milenio es, en mi opinión, trabajar en opciones para hacer una sociedad menos litigiosa; en que se resuelvan en lo posible los problemas sin necesidad de ir a los tribunales, retornar a éstos al equilibrio de lo absolutamente necesario, atendida su importancia y legitimidad social como forma de solución de controversias.

Aproximarnos a un sistema en el que la función del profesional del derecho sea, como sugería el abogado *Gandhi*, "unir a las partes más que imponer mediante la fuerza del derecho decisiones judiciales vencedoras".

### Función de la justicia

La misión que se asigna al Poder Judicial es la de administrar justicia, o como expresa la Constitución Política del Estado: "conocer de las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado". Esta función se cumple mediante la búsqueda de la verdad y la declaración del derecho, en el contexto de un debido proceso. "El énfasis en la resolución de los conflictos" lo puso hace algún tiempo en una entrevista de prensa el actual presidente de la Corte Suprema de Chile, don Mario Garrido Montt<sup>7</sup>.

7 Revista Jurídica "La Semana Jurídica", Lexis Nexis -Chile- 20/05/02.

El interés de la gente no está centrado en decisiones judiciales, apoyadas en aproximaciones a los valores de verdad y justicia, sino en la resolución de sus conflictos en lapsos razonables; esa amplísima tipología de controversias, que las partes no pudieron o no quisieron solucionar directamente.

Los jueces trabajan precisamente el conflicto humano, individual o colectivo, con sus componentes de variados y agudos intereses contrapuestos, pasiones, engaños, odios, violencia y otros ingredientes del mismo.

En particular, en materia de menores o cuestiones de familia por sobre todo, lo que hay que tener en cuenta es la *"singularidad de los casos"*. No hay dos experiencias iguales, en especial cuando hablamos de conflictos de menores, cada uno es *"especial"*, cada cual tiene un contexto familiar, social, económico, cultural diferente del otro. La función del juez es, precisamente, aplicar las generalizaciones de la ley, pero siempre teniendo en cuenta la complejidad de las circunstancias y el caso en particular.

El juez tiene que valorar cada prueba, cada actuación como única y con una visión amplia y circunstanciada de los hechos y siempre priorizando el interés del menor, dándole lugar protagónico.

#### **La función de la justicia de menores**

En estos tiempos se revela un cambio trascendente en la concepción de la in-

fancia, constituye un desafío para los jueces y operadores del derecho que se reconozca a los niños y adolescentes en la actuación judicial, como verdaderos "Protagonistas Activos", participativos, creativos y capaces de modificar la realidad social que viven.

Una función esencial de la justicia de Menores es hacer efectivos los derechos humanos, consagrados en los tratados de rango constitucional.

Es la justicia la que tiene la misión de acercar a la realidad lo que prometen las normas constitucionales al niño, tanto respecto a los derechos civiles, como en relación a los derechos económicos, sociales y culturales; es decir, el juez debe buscar una solución mínima de contenido inmediato.

#### **Protección del niño. Violencia. Intervención Estatal**

Dentro de los distintos aspectos en los cuales la justicia de menores cumple una función protectora de la niñez, es importante puntualizar especialmente el maltrato y la violencia infantil; es decir, cuando sus propios progenitores son los autores de actos de violencia.

Si bien los padres son los que eligen la forma de criar y educar a sus hijos y tiene el pleno de derecho de corrección, y el Estado es sólo un mero espectador en cuanto al cumplimiento de esa función, a menos que se

ponga en peligro la vida, la salud o integridad psicofísica del menor. En este caso son los jueces de menores los que deben pasar por encima de los padres y adoptar las medidas necesarias en protección del menor.

Hoy en día el término "maltrato infantil", se lo toma en sentido amplio; es decir, no se refiere exclusivamente a las formas clásicas de maltrato físico y emocional, negligencia, abandono y abuso sexual; actualmente se incluye en este término una fuente importante de victimización del niño, cuando los padres se disputan su cuidado sin atender a sus necesidades y bienestar, cuando los retiene indebidamente o los trasladan privándolo de la relación y trato con el otro progenitor.

En nuestro país ha aumentado notablemente la visibilidad del fenómeno y se ha permitido adoptar las medidas de protección y tratamiento de estos conflictos familiares.

En este contexto social, educativo y terapéutico se busca evitar la judicialización de las situaciones de maltrato y como primera medida intervienen los auxiliares de justicia, técnicos, especialistas que pertenecen a servicios sociales como ser psicólogos, terapeutas, asistentes sociales, psicopedagogos, cuyo objetivo es construir las soluciones posibles con la participación y cooperación de los padres, incluso del propio niño.

Sólo cuando es imposible llegar a un acuerdo con los padres continúan los

hechos de violencia, no se respetan las pautas convenidas o es indispensable tomar medidas de amparo, recién entonces interviene el Poder Judicial.

En este sentido ¿cuál sería la medida más conveniente que habría de tomarse? Luchar por la permanencia del niño en la familia nos hace pensar en la recuperación de los vínculos.

El separar al niño de su grupo familiar sería el camino más rápido y fácil, pero no por eso lo mejor para el niño, pues quedaría internado y al margen de la sociedad. Es claro que ante situaciones riesgosas y de peligro para el niño, debe ordenarse la exclusión del hogar del autor de tales episodios.

Si por circunstancias varias es imposible la permanencia del niño junto a su familia y es necesario el apartamiento temporáneo, la opción sería la solidaridad de algún pariente o amigo de la familia, etc. Habría que desterrar la idea de una internación en algún instituto, sería una segunda victimización del niño.

#### **Modernización de los procesos de menores**

El proceso judicial de menores requiere un cambio trascendente, es necesario un tratamiento especial y profundizado. Los niños no pueden estar en un segundo plano, no pueden seguir siendo materia pendiente para gobernantes y legisladores.

En el proceso, cualquiera fuere el mismo, debe no ser considerado al menor como un objeto o materia del mismo, sino como sujeto al que se le debe protección garantizándole sus derechos, que los tiene que gozar como tales. Es preciso "justicia especializada" con una estructura propia y adecuada y acompañada de especialistas técnicos y un procedimiento en el que se respeten los principios

de concentración, intermediación y economía procesal. Para ello se hace necesaria la capacitación de los distintos estamentos administrativos desde los funcionarios, auxiliares de distintos rangos, para lo cual deberán implementarse los programas respectivos en las distintas escuelas judiciales. Sin efectividad y rapidez el servicio de justicia, si llega tarde a situaciones de peligro inminente, no sirve.