

S a m u e l G a j a r d o

PROFESOR DE MEDICINA LEGAL DE LA UNIVERSIDAD DE
CHILE Y JUEZ DE MENORES DE SANTIAGO

Protección
de
menores



EDITORIAL JURÍDICA
DE CHILE

1 9 5 5

Cartillas

DEL INSTITUTO HISTÓRICO
Y BIBLIOGRÁFICO DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Nº 9. Samuel Gajardo
Protección de menores

Esta primera edición se imprimió sobre papel Facultad N° 1 en los Talleres Gráficos de Encuadernadora Hispano - Suiza, Ltda., calle Santa Isabel 0174, en Santiago de Chile. Hízose la composición mecánica con caracteres Baskerville Linotype, cuerpo 10 en 12. Diseñó la tipografía y cuidó de la edición Mauricio Amster.

EDITORIAL

JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, Casilla 4256
Santiago de Chile

Es propiedad del autor.
Registro N° 17626

S a m u e l G a j a r d o

PROFESOR DE MEDICINA LEGAL DE LA UNIVERSIDAD DE
CHILE Y JUEZ DE MENORES DE SANTIAGO

Protección
de
menores



EDITORIAL JURÍDICA
DE CHILE

1 9 5 5

El Instituto Histórico y Bibliográfico de Ciencias Jurídicas y Sociales es una Corporación formada por los Profesores de las Escuelas de Derecho de la Universidad de Chile. Integran su Consejo, por disposición de su Estatuto, el Presidente de la Excma. Corte Suprema y el Presidente del Colegio de Abogados. Figura como objeto suyo, entre otros, el de realizar publicaciones destinadas a la investigación, estudio, enseñanza y vulgarización de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

La Editorial Jurídica de Chile, entidad constituida por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Biblioteca del Congreso Nacional, cuyos fines coinciden, en parte, con los del Instituto, ha celebrado con éste un contrato de edición de determinadas obras que se publicarán a nombre del Instituto y de la Editorial.

Comprendiendo la Editorial Jurídica que las obras que ha editado hasta ahora están destinadas principalmente a servir a los estudiantes de Derecho y a los parlamentarios, jueces y abogados, y deseando extender su labor al público en general, pidió al Instituto que publicara como su primera Colección una de "Cartillas" para dar a conocer en forma breve a los no especializados en las respectivas materias, diversos aspectos de orden práctico de la economía, la política y las leyes.

Existen numerosas personas de ambos

sexos, de diferentes edades y distintas ocupaciones y condición, a quienes interesa apreciar las ideas de los técnicos sobre variados asuntos, no siempre fáciles de penetrar sin estudios relativamente extensos.

Cuántos hay que desearían saber con poco esfuerzo, pero con precisión, cuáles son los derechos y deberes de un ciudadano; las formas y modos de dictación de una ley; las diferencias legales existentes entre chilenos y extranjeros; la organización de los principales servicios fiscales y semi-fiscales; la determinación de los delitos y de sus sanciones; los conceptos del Derecho Civil acerca de los bienes, la familia, la sucesión por causa de muerte, la vecindad, y algunos contratos especiales como el mandato, la compra-venta y el arrendamiento; las cuestiones comerciales relacionadas con los cheques, las letras de cambio y otros documentos de crédito de uso frecuente; los derechos y deberes fundamentales del comerciante, el agricultor, el minero y el industrial; los principios que rigen la tramitación de los juicios civiles y criminales y el desempeño de los jueces de sub-delegación, de distrito y de policía local; los numerosos e interesantes problemas relacionados con la legislación social y del trabajo; la descripción de los organismos internacionales e inter-americanos; los problemas concernientes a los presupuestos, el crédito, la inflación, las inversiones y otros análogos de orden económico; y muchos más relacionados con los estudios que incumben a las Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales.

Tales son los temas que se propone tratar el Instituto en su Colección de "Cartillas", sirviendo en parte, de este modo, sus propios fines y el grato pedido de la Editorial Jurídica de Chile.

R. R. C.

INTRODUCCION

DESPUÉS de veintiséis años en el ejercicio del cargo de Juez de Menores de Santiago me es muy grato rendir cuenta a la sociedad, de cuanto he hecho, labor que se sintetiza en *el aporte a la realización del Nuevo Derecho de Menores*.

Dentro de la legítima satisfacción del funcionario que ha consagrado su vida a laborar para el futuro, me siento complacido al constatar que este esfuerzo no se perdió infructuosamente, porque ha logrado penetrar en la conciencia pública; ha sido consagrado por el más alto Tribunal de la Justicia chilena y ha servido de norma a muchos jueces extranjeros, llevando el nombre de Chile a los países más civilizados del mundo.

Esta satisfacción compensa algunas pequeñas decepciones.

SAMUEL GAJARDO.

C a p í t u l o I

EL NUEVO DERECHO

QUEREMOS iniciar esta exposición con una pregunta:

Existe, en verdad, un nuevo Derecho de Menores?

Para que ello ocurra es necesario que el derecho común se haya hecho insuficiente y anacrónico para resolver los problemas relacionados con la vida de los menores: niños y adolescentes.

Y así ocurre, en verdad.

Después de la primera guerra europea de 1914, el espectáculo de tantos hogares destruidos, golpeó la conciencia de los hombres, despertando humanitarios sentimientos ante el dolor y la desgracia que había herido la inocencia de tantos niños huérfanos y abandonados.

Entonces se pensó que no sólo por piedad ni simpatía, mucho menos por caridad, debe protegerse a los niños, porque ellos representan el porvenir de la humanidad, ya que en sus manos estará su destino. Entonces cobró superlativo prestigio aquella sentencia: las manos que mecen la cuna, son las que regirán al mundo.

Se difundió entonces el entusiasmo por el estudio de la infancia, y el 21 de noviembre de 1923, desde la Torre de Eiffel, se proclamó la

declaración de Ginebra que contenía los Derechos del Niño, como una clarinada que vibró en todos los ámbitos del mundo.

Si el niño tenía derechos, debía conquistarlos para que disfrutara de ellos, como un bien; y briosamente se puso en marcha la moderna revolución.

Culminó la etapa ideológica y dió paso a la época de las realizaciones.

Entonces se modificaron algunas leyes caducas y se crearon instituciones protectoras: los tribunales de menores, los modernos reformatorios, los hogares infantiles y tantas otras.

Y a través de todas estas instituciones se destacaba, luminosa, una idea matriz, tan sencilla como magistral: el niño es *un ser humano, que siente, goza y sufre y tiene derecho a vivir* su vida de acuerdo con sus necesidades; ya no puede seguir siendo un objeto reivindicable ni una víctima de la inflexible patria potestad; mucho menos un instrumento de abuso y explotación.

Y eso es el nuevo Derecho de Menores: un conjunto de principios jurídicos, pero humanos, que comprendan y respeten su personalidad. Entonces no bastaba el derecho antiguo, que naciera en el paganismo de Roma. Los menores debían romper las cadenas de esa esclavitud, proclamando también su libertad. Y hoy los niños tienen su Código victorioso, no escrito con letras de sangre, entre estampidos de cañones, sino elaborado con afecto y simpatía, con amplia comprensión, con humana justicia.

Este nuevo Derecho tiene perfiles bien característicos que lo distinguen del antiguo, frío, rígido, incomprensivo.

C a p í t u l o I I

DERECHO HUMANO

EL DERECHO de menores es esencialmente humano, y es el rasgo fundamental que lo distingue del paganismo jurídico, que no otra cosa era el Derecho Romano, fuente inspiradora de los códigos modernos.

Al amparo de ese derecho milenario se pueden cometer las más impasibles crueldades, y ante ellas la justicia cierra los ojos, bajo la venda que es su símbolo, y que le sirve a menudo para no ver el dolor que causa.

Este principio es incompatible con el nuevo derecho. El menor es un ser humano. Entonces tiene sentimientos respetables, que no es posible herir.

Si un padre ha abandonado a su hijo, quien ha crecido en un ambiente grato, al cual se ha vinculado con afecto, no podrá ser reivindicado como un objeto, porque la autoridad paterna no puede ser ejercida en perjuicio del hijo.

Podrá ser muy jurídico que el padre pueda disponer de la persona del hijo por capricho y con abuso; pero a ese principio se sobrepone hoy otro más humano que adquiere valor jurídico: el de proteger al niño, no sólo contra el padre, sino contra cualquiera opresión.

Este es el carácter fundamental del

nuevo Derecho: elevar a la categoría de jurídico lo humano. Y ¿por qué la ley y la justicia han de estar divorciadas de la humana realidad?

Lo jurídico es lo que está de acuerdo con la ley. Bastará entonces que la ley considere los valores humanos para que tengan valor jurídico.

El Derecho Penal es a menudo inhumano y cruel, porque se inspira en los conceptos abstractos del delito y la sanción.

Por eso es que el menor ha salido del Derecho Penal, para ser protegido por un derecho más humano.

Dentro del concepto antiguo, el niño estaba sometido a la autoridad del padre, en desmedro de la madre. Hoy se comprende que arrebatar una criatura a los brazos maternos puede ser una impiedad; y en el nuevo Derecho la madre puede y debe ejercer la tuición, si así lo requiere el bienestar del hijo.

Capítulo III

DERECHO PROTECTOR

EL DERECHO nuevo es esencialmente protector. El menor carece de las aptitudes necesarias para manejarse solo frente a las vicisitudes de la vida y es necesario suplir su deficiencia, dispensándole la especial protección que requiere cada circunstancia.

Ella empieza con la protección a la madre durante su embarazo, a fin de que éste se desarrolle en favorables condiciones y produzca un hijo sano.

Y éste es el primer derecho del niño.

Luego tiene derecho a un normal nacimiento. No se concibe que la madre esté abandonada en ese momento trascendental. Madre e hijo constituyen un binomio inseparable, que ninguna consideración puede disgregar.

Luego, por espíritu de protección debe mantenerse al hijo bajo la tuición materna, en los primeros años de su vida, en que sólo el amor de la madre puede realizar el sacrificio de cuidarlo en su absoluta indefensión.

Y bajo este concepto ha cambiado sustancialmente el criterio con que debe considerarse la patria potestad.

Antiguamente era un derecho de los padres, simplemente jurídico. Hoy se la considera

como un derecho de los hijos, para su debida protección, de donde se deduce que la patria potestad no puede ejercerse en su perjuicio.

En consecuencia el padre no goza de la absoluta libertad para castigar al hijo. Si desea recluirlo, hay el peligro de que ello pueda constituir un error o un abuso, y entonces es la justicia la que debe resolver el problema.

Pero la medalla tiene su reverso. Bien puede ocurrir que el padre, también por error, pueda pretender hacer cesar la reclusión del hijo, cuando aún sea necesaria, y entonces el juez está autorizado para prolongarla, en contra de la voluntad del padre; porque la reclusión significa siempre tutela.

Donde culmina este derecho protector es en el campo de la delincuencia. Puede parecer extraño esto de proteger al delincuente. Puede que así sea respecto de los adultos; aun cuando también respecto de ellos se proclama hoy, como ideal, la protección del delincuente, y el Derecho Penal moderno se inspira cada vez más en este espíritu protector.

Tratándose de los menores, sólo algunas personas muy incomprensivas, piensan que la sanción expiatoria es la adecuada política para luchar contra la delincuencia infantil; y no es por mero sentimentalismo, sino por un criterio científico y racional.

En efecto, la delincuencia infantil es un fenómeno que acusa una deficiente organización social, porque los niños llegan a ser delin-

cuentes debido a la perniciosa influencia del ambiente malsano en que han vivido; de donde resulta que castigar al niño delincuente es la injusticia de castigar a la víctima y no al victimario.

Por eso se ha dicho que la sociedad tiene los delincuentes que merece; y respecto de los menores, la sentencia resulta un axioma.

Nadie discute hoy que el Derecho Penal de los menores ha dejado de ser expiatorio, para convertirse en derecho esencialmente tutelar.

Si el menor, debido a su abandono se ha convertido en delincuente, hay que remediar esa desgracia, sustrayéndolo del ambiente indeseable en que ha vivido para emprender la obra de su reeducación, no mediante el rigor de los castigos, sino mediante la acción educativa.

Y es por eso que el Reformatorio moderno ha perdido su antiguo tipo carcelario, para transformarse en un hogar, una escuela y un taller, y no podría ejercerse la protección en otra forma.

Ello resulta más humano, más útil y más justo que el simple castigo.

Más humano porque evita el dolor de los castigos y pone en práctica la comprensión y el afecto.

Más útil, porque mediante esta protección se logra readaptar al menor, haciéndolo un individuo eficiente para la colectividad. En cambio con el castigo no se consigue habitualmente desarraigar los hábitos antisociales que haya

adquirido. Y cuando se recurre a la reclusión carcelaria, los menores se corrompen con el contacto de los delincuentes adultos, avezados en el delito; y al abandonar la prisión reinician sus actividades delictuosas con mayor perfección y sin temor de las sanciones, que pasan a constituir un simple riesgo profesional que procuran eludir.

Y más justo, porque siempre será injusticia castigar a la víctima de una desgracia.

No resistimos el deseo de relatar una anécdota que revela bien típicamente esta situación, mediante la elocuencia de un hecho real.

No hace mucho hacíamos una disertación sobre esta materia en el Teatro Municipal de Curicó, que fué el embrión de este libro, y que siempre recuerdo con simpatía.

Entre los miembros de la banda militar que amenizaba el acto había un joven que me oía con singular atención.

Dos horas después, mientras almorzaba en casa de mi amable invitante, me sorprendió el llamado de una persona que deseaba hablarme y que me había ubicado, tras de una paciente búsqueda. Era el joven de la banda militar. Iba a agradecerme lo que había hecho por él en circunstancias adversas: Era ex-alumno del Politécnico de Menores Alcibíades Vicencio. Allá había aprendido a tocar, siguiendo su vocación, y ahora era músico del Regimiento.

El recordó todo eso con cálida emoción.

Ahora pregunto en confirmación de lo

dicho: ¿Habría sido más humano, más útil y más justo castigarlo?

Sin embargo, aún hay personas que creen que es necesario castigar a los niños con máxima severidad, para suprimir la delincuencia infantil. Pero, desde que existe la sociedad se castiga a los delincuentes y la delincuencia aumenta y adquiere cada día más trágicos caracteres.

Y seguirá aumentando, porque es un fenómeno progresivo que no podrá suprimirse mientras no se combatan sus causas.

En la delincuencia de menores ellas son el abandono de la infancia, provocado por la miseria, el alcoholismo y los estímulos sociales.

¿No será preferible deponer el rigor del castigo y enarbolar las armas adecuadas para combatir esas causas?

Capítulo IV

LO DEL DISCERNIMIENTO

HE DICHO que el derecho penal de los menores ha perdido su carácter punitivo para transformarse en un derecho protector.

De ahí que haya desaparecido el problema del discernimiento, que era el eje sobre el cual giraba la responsabilidad penal.

En efecto, si un menor cometía un delito (excepto los niños menores de diez años) había que declarar si lo había hecho con discernimiento, en cuyo caso era responsable y debía sufrir la pena correspondiente.

Si había obrado sin discernimiento, estaba exento de responsabilidad. Y el discernimiento era la inteligencia del menor y su comprensión del acto delictuoso.

Este sistema era la aplicación del concepto de la responsabilidad penal, propio de la Escuela Clásica, basada en el libre albedrío, según el cual era indispensable determinar si el autor de un hecho delictuoso había obrado voluntariamente.

Como en el derecho moderno no se trata de castigar al menor, sino de protegerlo, se comprende que resultaría absurdo y contradictorio tomar en cuenta el discernimiento, ya que con o sin él debe ser protegido.

Lo único que importa conocer es la personalidad del menor y las causas que lo condujeron a delinquir, para determinar, en relación con ellas, la medida protectora necesaria.

En esta nueva ideología hay dos corrientes: una propicia que se fije una edad máxima, por ejemplo 18 años, antes de la cual los menores serían siempre irresponsables penalmente, quedando sometidos a la acción tutelar de los jueces de menores, quienes deberían contar para ese efecto con reformatorios adecuados.

La otra propicia establecer dos edades: una que flucturía alrededor de los quince o dieciséis años, antes de la cual el menor sería siempre irresponsable, debiendo ser juzgado por la justicia especial de menores; y otra edad hasta los dieciocho o veinte años, en que el Juez de Menores resolvería si el menor debe ser responsable y sancionado por la justicia del crimen o si debe ser irresponsable y protegido por la justicia de menores. Para hacer esta determinación, no consideraría el discernimiento, sino la peligrosidad del menor y su reeducabilidad.

A pesar de ser esto tan claro, aún quedan legislaciones que conservan la cuestión del discernimiento; y entre ellas la nuestra.

En el VI Congreso Panamericano del Niño celebrado en Lima el año 1930, se habló de nuestra Ley N° 4447, que se había dictado hacía poco. Se hizo su elogio, pero se objetó que había nacido con el pecado capital de conservar el sis-

tema caduco del discernimiento, como base de la responsabilidad penal.

En efecto, esta ley hace diferencia entre el menor de dieciséis años y el mayor de esta edad y menor de veinte (hoy dieciocho).

El primero está exento de responsabilidad.

El segundo se halla en una situación de imputabilidad relativa, pues para resolver sobre su responsabilidad penal, debe el Juez de Menores declarar si obró con o sin discernimiento.

Esta situación desarmónica fué criticada en ese Congreso, considerándose la como un anacronismo. Para aplicar la ley con criterio moderno, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de juzgar el problema del discernimiento, no con criterio psicológico, sino bajo el aspecto de utilidad social que hemos indicado.

Así, se declara que un menor obró sin discernimiento siempre que haya razones de utilidad, y aun de humanidad, para sustraerlo de la justicia criminal y de la cárcel y procurar su readaptación, con miras a restituirlo a la sociedad como un elemento útil.

Se comprende, entonces, que esa declaración no significa afirmar que el menor obró, psicológicamente, sin discernimiento, como más de alguien ha solido creerlo. Significa sólo que el juez, por algún motivo calificado, desea sustraerlo de la justicia del crimen, la que en muchos casos suele ser la ruina de una vida. Y entonces no hay

que vacilar en aplicar esta fórmula salvadora, que es la única posibilidad de proteger al menor.

Hay quienes creen que declarar que un menor obró sin discernimiento, significa consagrar su libertad para seguir delinquiendo.

Concepto teórico, contrario a la realidad.

En primer lugar, se supone que el menor que delinquiró una vez, seguirá delinquiendo. Falso, como todo lo falso. Es que se confunde la delincuencia ocasional, con la habitual.

Quien posea nociones de psicología comprenderá que hay circunstancias en que el individuo incurre en actos delictuosos por mero accidente, sin que ello signifique perversidad.

Entonces no es necesario el rigor del castigo.

Por otra parte, declarar que un menor obró sin discernimiento, no significa la libertad de seguir delinquiendo, pues si se trata de un delincuente habitual, para ellos está el Reformatorio.

Precisamente, respecto de esos menores suele ser más necesaria la declaración de que obraron sin discernimiento, a fin de poderlos someter a un proceso metódico de reeducación, lo que no puede obtenerse mediante una simple condena impuesta por la justicia criminal, generalmente de corta duración, y por lo tanto, ineficaz o contraproducente.

A menudo, con ella el menor se corrompe en el contacto con delincuentes avezados;

y se habitúa a pensar que la consecuencia de delinquir no es más que una breve reclusión.

Siempre que se declara que un menor obró sin discernimiento, es por realizar una obra más útil que la simple condena, y a veces suele hacerse para evitar que el menor quede en libertad después de cumplirla; y entonces tal declaración tiene por objeto imponerle una reclusión más prolongada y de carácter reeducativo.

De lo dicho resulta que en el nuevo derecho de los menores, el problema del discernimiento es anacrónico; pero como aún se mantiene en algunas legislaciones, hay que resolverlo no con criterio teórico y meramente psicológico, sino con criterio práctico de utilidad social; y el Tribunal está en el deber de considerar si es más útil para el menor y para la sociedad, adoptar en su favor una medida reeducativa, o sancionarlo con una pena.

C a p í t u l o V

DERECHO REALISTA

EL DERECHO de Menores es esencialmente realista; esto es, que no puede atenerse a conceptos teóricos, simplemente jurídicos, sino a los hechos reales.

Hay situaciones no contempladas por la ley, pero si ellas influyen en las condiciones de vida de un menor, tienen importancia jurídica, en cuanto crean un derecho humano en su favor, y él debe elevarse, entonces, a la categoría de hecho jurídico, que exige la protección de ese menor, lo que no es sino la aplicación de ese carácter tutelar de que hemos hablado.

Esta situación se comprenderá muy bien con un ejemplo.

Nuestra legislación establece que en el matrimonio los hijos menores están especialmente sometidos a la autoridad del padre, lo que es consecuencia del concepto de la patria potestad romana. Para el caso de divorcio, reglamenta la distribución de los hijos.

Al padre corresponde la tuición de los hijos varones mayores de catorce años. A la madre, la tuición de las hijas de toda edad.

Pues bien, ocurre con frecuencia que los cónyuges, sin divorcio, viven separados.

Entonces, con un criterio simplemen-

te jurídico, podría estimarse que no procede la distribución de los hijos, porque no existe divorcio. Todos los hijos corresponderían, entonces, al padre, como en el régimen normal del matrimonio.

Pero esta sería una simple ficción, porque en el hecho los cónyuges están separados. La situación real es la misma. Lo que procede, entonces, es atenerse a la realidad y aplicar la misma regla del divorcio; y si los hijos pequeños necesitan de los cuidados de la madre, a ella deben serle confiados.

Una situación análoga se produce cuando los padres no son casados ni viven juntos.

Si el padre ha reconocido al hijo como natural, él tendría derecho a su tuición, y no la madre, que no lo ha reconocido. Este es el derecho. Pero la realidad dice otra cosa, si el hijo es pequeño y necesita de la tuición de su madre. Otra vez el derecho teórico contra la realidad.

¿Será posible que el padre, por el simple hecho de firmar una escritura en una Notaría pueda privar al hijo de su derecho a la tuición materna?

Así lo han creído algunos jueces, pero no puede aceptarlo el nuevo derecho.

Uno de los primeros fallos en que aplicamos este derecho nuevo, así lo estableció, confiando a la madre ilegítima un pequeñuelo, a pesar de que sólo el padre lo había reconocido.

La sentencia fué revocada, mediante la aplicación del Código Civil. Algunos días des-

pués, conversando con uno de los señores Ministros que intervinieron en la revocación, y que, dicho sea de paso, era un distinguido magistrado, y un hombre de gran comprensión humana, le expliqué mi decepción. El me escuchó con sumo interés, y terminó diciéndome: —Siga Ud. fallando como lo hizo. Me ha convencido. Nosotros incurrimos en un error. Entonces comprendí la gran personalidad de ese magistrado, y tuve un inmenso estímulo para seguir divulgando este nuevo derecho.

Otro caso de ficción es aquel principio de derecho civil, según el cual el adulterio de la madre significa siempre depravación moral.

La realidad dice algo diverso, pues las circunstancias suelen demostrar que a pesar de ese delito la madre es hábil para cuidar a sus hijos. Felizmente esta disposición fué modificada.

Una cosa es la infracción conyugal y otra la competencia para ejercer la tuición de los hijos. Aunque, en este caso, la ley confunda ambas situaciones, puede el derecho estar en contra de la realidad, lo que aparece más claro cuando los cónyuges viven separados por incompatibilidad de caracteres o por mala conducta del marido.

En una ocasión en que se invocaba mal ejemplo para los hijos, de parte de la madre, fallamos en favor de ésta por estimar que esos malos ejemplos no aparecían acreditados. La Corte confirmó la sentencia; pero agregó que, aun cuando el hecho invocado fuera efectivo, él no cons-

tituía un mal ejemplo para el hijo, dada su corta edad.

Fué una gran satisfacción comprobar cómo el Tribunal de Alzada, en el conflicto entre el derecho teórico y la realidad objetiva, fallaba en favor de ésta.

En el Nuevo Derecho no valen las ficciones ante las realidades, y por eso lo calificamos de realista.

Capítulo VI

DERECHO NORMATIVO

UNA CARACTERÍSTICA muy frecuente del derecho común es ser casuístico, en cuanto contempla los diversos casos que el legislador imagina para determinar las soluciones jurídicas aplicables; y así se explica que el Código Civil contenga 2524 artículos para comprender todas las situaciones que imaginó el legislador.

El Derecho de Menores no puede ser así, porque las situaciones en que los menores pueden encontrarse en la vida son infinitamente variadas y complejas.

Es preferible, entonces, proclamar algunas normas de carácter general, que puedan aplicarse a esas distintas situaciones, para deducir la adecuada solución destinada siempre a proteger al menor.

Un ejemplo bastará para comprenderlo.

Podríamos enumerar todas las situaciones desfavorables para un menor, que autorizan para sustraerlo de su hogar y confiarlo a uno de sus padres, si se hallan separados, o a otra persona o a alguna institución; por ejemplo, si es maltratado, si recibe mal ejemplo, si no se le educa, etc.

Nuestra Ley de Menores vigente enu-

mera algunas de esas situaciones, pero contiene después una fórmula general, que sirve para resolver cualquier otro caso no contemplado por el legislador.

Dice esa disposición que los padres estarán inhabilitados para ejercer la tuición de sus hijos, entre otros casos: "cuando cualquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material".

Y esto ahorra toda enumeración y comprende todos los casos que el legislador no hubiera podido imaginar.

En nuestra jurisprudencia esta ha sido la verdadera clave para resolver todos los casos dudosos, y especialmente para conciliar las leyes antiguas con los principios modernos de protección a la infancia.

He aquí un ejemplo. Como hemos dicho, el Código Civil establece que en caso de divorcio, corresponderá a la madre la tuición de las hijas de toda edad, y al padre la de los varones mayores de catorce años.

Ha ocurrido a veces que el mismo día en que el hijo que vivía al lado de la madre cumple los catorce años, se presenta el padre, con la partida de nacimiento, exigiendo su entrega.

Si el hijo está vinculado afectivamente a su madre, y no siente igual afecto hacia el padre; si la madre es inteligente y virtuosa, el Tribunal ha estimado que en protección del hijo, debe mantenerlo a su lado; y entonces ha debido recurrir a la salvadora fórmula: violentar la per-

sonalidad afectiva del niño constituiría un peligro moral y tal vez material, y entonces habría motivo justo para alterar la regla general, y ello está autorizado por la ley común. Ese motivo justo es una norma general que el juez apreciará en cada caso de acuerdo con las circunstancias; y en tal caso ni sería necesario recurrir a la ley especial, pues bastaría aplicar el Código Civil, armonizándolo con el principio moderno de protección.

Algo análogo ocurre cuando el o los padres han abandonado al hijo durante mucho tiempo.

Un buen día el padre, o la madre, o ambos se presentan a retirar el hijo para llevarlo a su lado; pero, atendido el temperamento de éste, ello no podría hacerse sin causarle una grave y perjudicial violencia. Entonces, aplicando el mismo principio del peligro moral o material, el Tribunal ha declarado que no puede ser objeto de reivindicación, como una cosa mueble; y así lo ha confirmado el Tribunal de Apelaciones en forma invariable, constituyendo, así, una jurisprudencia definitiva.

No es que prescriba la autoridad paterna y el hijo se pierda como una cosa por el simple lapso del tiempo.

Es sólo que los padres, para recuperarlo, deben conquistar o reconquistar su afecto.

Y hay, para ello, una reflexión muy humana y muy justa: ¿Qué culpa tiene el hijo de que los padres le hayan abandonado? Y si no la

tiene, ¿por qué ha de sufrir la sanción de la violencia?

De esto se deduce que para confiar la tuición de los hijos a sus padres cuando ellos se han divorciado, o a otras personas, no puede haber normas casuísticas, sino principios generales de conveniencia. Por eso, las reglas que establece el Código Civil, atendiendo a la edad y al sexo de los hijos, han perdido su importancia y el Tribunal no debe atenerse a ellas, sino al interés del hijo.

He aquí, en síntesis, las normas que hemos aplicado para realizar el nuevo derecho de menores.

En primer lugar, lo que interesa es la situación de hecho, y no los principios teóricos. En consecuencia, sea que los padres se hayan separado por divorcio, por nulidad de matrimonio, por mutuo acuerdo, o por abandono de hogar, la situación de hecho es la misma y el juez no puede aplicar las leyes que rigen en la situación normal del matrimonio, en que los hijos se hallan bajo la autoridad paterna.

La razón filosófica es que la separación y enemistad de los padres crea derechos y obligaciones nuevas en relación con el interés de los hijos, y los Tribunales de Menores deben declarar esas obligaciones y derechos en cumplimiento de su deber de protección.

El bienestar del hijo, traducido en su deseo de permanecer al lado de uno de sus padres, es otro de los principios que hemos aplicado.

Claro es que ese sólo deseo no puede ser elemento decisivo, pero hay ocasiones en que debe ser considerado.

Así ocurre cuando ambos padres son honorables e idóneos y ofrecen al hijo un ambiente favorable; pero éste se halla vinculado afectivamente a uno de ellos, con el cual desea vivir.

Ese deseo es respetable y debe ser amparado, porque la finalidad de toda medida aplicable a los menores es asegurar su bienestar.

Este derecho aparece más indiscutible cuando el menor carece de padres y son los parientes o extraños quienes se disputan su tuición. La norma invariable del Tribunal ha sido fallar que el menor viva con quien quiera vivir, siempre que ello no lo perjudique. Pero los guardadores que se disputan el menor suelen ser tan intrasigentes o más que los padres; y no piensan que el niño, como todo ser humano, tiene derecho a la alegría de vivir.

¿En qué Código está escrito este derecho singular?

Lo está, y con relevantes caracteres, en el Código de la Infancia.

¿Por qué ha de obligarse al niño huérfano o abandonado, a hacer más honda su desgracia, conviviendo con personas antipáticas u hostiles?

Capítulo VII

DERECHO JUSTO E IGUALITARIO

HABLAR de “derecho justo” parece un contrasentido; pero no lo es, porque el derecho y la justicia son cosas diversas, que si a veces armonizan, otras veces están en completo divorcio.

El derecho es la ley positiva. La justicia es un concepto, que no siempre es realizado por aquella. No cabe duda que hay leyes injustas; y hay una justicia ideológica, que las leyes no siempre traducen.

Ejemplo de leyes injustas son las que clasifican los hijos, estableciendo diferencias según las condiciones de su nacimiento. Y son injustas porque esas diferencias se traducen en privilegios en favor de ciertos hijos, en desmedro de otros, que no tienen culpa alguna de su irregular situación.

El derecho moderno suprime esta injusticia y es igualitario, en cuanto tiende a borrar las diferencias odiosas entre los hijos. La idea más avanzada propicia la igualdad de derechos hereditarios entre todos los hijos, sean legítimos o ilegítimos.

Nuestra legislación no ha ido tan lejos, pero suprimió las categorías de hijos sacrílegos, incestuosos y adulterinos, con lo cual éstos pueden ser reconocidos por sus padres y tienen derecho a

exigirles alimentos. Antiguamente estos hijos quedaban en el más completo abandono porque sus padres habían incurrido en el delito de una relación irregular. Esta es la tremenda injusticia del derecho antiguo.

El carácter igualitario del derecho moderno consiste en dar a todos los hijos, legítimos o ilegítimos, las mismas posibilidades, y ello aparece de elemental justicia. Y hay también en ello una evidente conveniencia social, pues los hijos ilegítimos pueden ser hombres útiles a la colectividad, como la experiencia lo ha demostrado en numerosas ocasiones.

Sin embargo, hay establecimientos educacionales donde los hijos ilegítimos son rechazados porque no pueden exhibir una partida de nacimiento en forma.

Otro aspecto justiciero de este nuevo derecho es la amplia investigación de la paternidad ilegítima, destinada a evitar que tantos niños queden abandonados porque sus padres no tienen conciencia de sus deberes.

Como hay quienes combaten este sistema, es útil desvirtuar las objeciones que en su contra se formulan.

Se dice que la paternidad es un hecho biológico derivado de la procreación, y, por lo tanto, imposible de investigar, por lo cual ningún Tribunal podría declarar que un individuo es hijo de una persona determinada.

He aquí un argumento de hermosa apariencia, sin base de realidad judicial.

En efecto, aun cuando no exista un hecho científico que pueda demostrar la paternidad, hay numerosas pruebas que pueden acreditarla en juicio, como documentos, testigos, presunciones, en forma que la paternidad puede ser acreditada en juicio como se acredita cualquier otro hecho, sin que quede la menor duda en la conciencia de los jueces.

¿Por qué no admitir, entonces, todas esas pruebas?

Supongamos que una doncella seducida por su raptor es detenida mientras se hallaba en su poder. Si durante su reclusión se constata su embarazo, sin que haya podido mantener otras relaciones, no hay duda de que el padre del hijo que da a luz es el raptor. ¿Por qué, entonces, habría de quedar abandonado?

El problema se reduce a la apreciación de la prueba y es el que se ofrece en toda clase de juicios. Cuando se condena a un individuo por presunciones, es que ellas son de tal gravedad que producen la absoluta convicción.

Así ocurre también cuando el presunto padre ha vivido en concubinato con la supuesta madre, y durante ese período han nacido los hijos, sin que la conducta de ésta permita sospechar infidelidades. Si a ello se agrega que el supuesto padre ha reconocido siempre a sus hijos, como tales, proveyendo a su sustento y educación, y presentándolos como hijos a sus relaciones sociales, no cabe duda de que es el padre y ningún juez tendría escrúpulo en declararlo así.

Se agrega que la investigación de la paternidad se presta a innumerables abusos de demandantes inescrupulosas que pretenden obtener alimentos de un hombre que no es el padre de su hijo. Se invoca como argumento el ejemplo de la legislación francesa, que, habiendo autorizado la investigación de la paternidad, se vió obligada a suprimirla por los graves abusos a que daba lugar.

Es efectivo, pero este caso, lejos de servir a los impugnadores, se vuelve en su contra, pues Francia reconoció en buena hora su error, y mediante la Ley de 12 de noviembre de 1912, en actual vigencia, autorizó otra vez la investigación de la paternidad en los términos que señala el artículo 340 del Código Civil francés.

Capítulo VIII

NO ES DERECHO LAPIDARIO

El derecho común es lapidario, porque fallada una causa, se produce la cosa juzgada, que no permite renovar el pleito, cayendo como una lápida, que mata toda esperanza. Si ha habido un error, es irremediable y perpetúa la injusticia.

No ocurre así en el derecho de menores. Fallada una causa, el juicio puede renovarse cada vez que pueda invocarse una nueva circunstancia, y ella se produce por el sólo transcurso del tiempo. Mucho más cuando ha ocurrido cualquier hecho que plantee una nueva situación.

Por eso se ha dicho que en los juicios de menores no existe la cosa juzgada; y mal podría existir, porque tratándose de proteger a un menor, la protección puede hacerse necesaria después de fallado el juicio.

Pero esto de no existir cosa juzgada no es bien exacto. En efecto, no es que en los juicios sobre tuición de menores no se aplique el principio de la cosa juzgada, que consiste en que un juicio terminado no puede renovarse con los mismos fundamentos; esto es, habiendo identidad de personas, de cosa pedida y de causa de pedir.

Habiendo estas tres identidades en un

juicio sobre tuición también se produciría cosa juzgada.

Por ejemplo: si un padre reclama la tuición de su hijo, invocando el hecho de haberlo reconocido como natural y la sentencia declara que no basta esa circunstancia para quitarlo a la tuición de la madre, el padre no podría renovar la demanda invocando ese mismo hecho, porque entonces habría cosa juzgada por existir la misma causa de pedir.

¿Por qué se dice, entonces, que en esta clase de juicios no existe cosa juzgada?

Por la sencilla razón de que en la vida de un menor, como de toda persona, se están produciendo constantemente hechos nuevos, que justificarían una nueva demanda.

Decíamos que el simple transcurso del tiempo crea nuevas situaciones. Si el padre reclama la tuición de su hijo, que es lactante, y se declara que la demanda no procede, por necesitar el hijo la tuición de la madre, podría el padre, después de algunos años, renovar la demanda, invocando que ahora, atendida la edad del hijo, era más conveniente colocarlo bajo su tuición. Esa sería una nueva causa de pedir y no existiría cosa juzgada.

Es que la cosa juzgada es genuinamente aplicable en los juicios de estricto derecho, en que declarando un principio, se produce un fallo inamovible. Pero cuando no se trata de eso, sino de analizar la situación de un menor y su conveniencia, no son principios jurídicos abstrac-

tos los que se dilucidan, sino hechos concretos y la sentencia se refiere sólo a ellos. Si hay nuevos hechos, deberá haber una nueva sentencia que los califique.

Capítulo IX

DERECHO Y CONCIENCIA

EL DERECHO de menores, ¿debe ser jurídico o de conciencia? Como este problema es equívoco y se presta a contradictorias apreciaciones, es necesario dilucidarlo.

El derecho jurídico consiste en un conjunto de disposiciones legales a que el juez debe atenerse al fallar un caso concreto.

En el derecho de conciencia, el juez no tiene otra norma que su criterio.

Hay partidarios de ambos sistemas.

El primero tiene la ventaja de evitar la arbitrariedad a que puede conducir la carencia de normas de derecho. Ofrece, en cambio, el inconveniente de que los principios de derecho pueden hacerse anticuados, sin que el juez pueda prescindir de ellos, por respeto del orden jurídico.

El segundo sistema tiene la ventaja de dar libertad al juez para aplicar su propio criterio sin la traba de la ley.

Pero ofrece el inconveniente de que el juez puede tener mal criterio o ser retrógrado, y entonces sus resoluciones de conciencia no armonizarían con los principios modernos de protección a la infancia.

El problema consiste entonces en resolver si son las ventajas o los inconvenientes de

cada sistema los que deben determinar la preferencia.

Creemos que, en general, no se debe prescindir del derecho, que es la garantía de la convivencia social, y suprimirla sería un retroceso.

Pero la libertad del juez para hacer justicia sin sujetarse a la rigidez del derecho es una indudable ventaja.

Entonces, resulta claro que ambos sistemas deben coexistir, y el problema se reduce a determinar cuál es el campo de cada uno.

El derecho de menores debe ser esencialmente jurídico, en cuanto deben existir normas precisas que orienten la labor judicial.

La más fundamental de esas normas es el principio ya dicho de que el menor, en toda circunstancia, debe ser protegido, en forma que no pueda permanecer en alguna situación de peligro moral o material.

Y este debe ser un principio de derecho, que ningún tribunal podría violar, y que constituye el alma del nuevo derecho de menores. Ello significa que está por sobre todos los principios teóricos del derecho positivo.

Así, aunque la ley establece que en caso de divorcio de los padres, el varón mayor de diez años corresponderá al padre, no se le confiará su tuición si hay alguna circunstancia que pudiera colocarlo a su lado en peligro moral o material; y entonces será esta la verdadera norma que debería aplicarse en caso de conflicto.

¿Cuál es, entonces, el campo de la conciencia del juez?

El está en la apreciación de las circunstancias de hecho que podrían constituir ese peligro moral o material, circunstancias que no pueden ser establecidas de antemano por la ley porque son siempre muy variadas, complejas e imprevisibles.

Por eso se ha dicho que no hay dos casos iguales. Todos son diferentes, como los individuos y las circunstancias.

Nuestro Código Civil, tildado de muy antiguo, porque cuenta casi un siglo de existencia, contiene, sin embargo, un principio muy moderno, en cuanto a norma general orientadora.

En efecto, después de establecer los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, dice que las resoluciones del juez bajo los respectos indicados, podrán modificarse o revocarse en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo.

Esta expresión "motivo justo" da a la conciencia del juez la más extensa amplitud para juzgar las circunstancias, y he aquí cómo se coordinan el derecho y la conciencia: el primero da la norma general, la segunda califica los hechos para amoldarlos a los principios.

Ahora bien: ¿cuáles son esos principios generales que deben tener el carácter de normas jurídicas para amoldar a ellas las decisiones? No son otros que los derechos del niño, que

la ideología moderna ha consagrado como un Código Universal.

La declaración más moderna y completa de esos derechos es la proclamada por la Unión Nacional de Protección a la Infancia, en la Semana del Niño del Rotary Club, en Santiago, el 19 de octubre de 1947, cuyo texto consignamos al final.

La justicia de menores debe tender siempre a realizar integralmente esos derechos, que deben estar por encima de toda legislación general.

Así, por ejemplo, como hemos dicho, la ley vigente establece que en caso de divorcio de los cónyuges los hijos varones mayores de catorce años pertenecerán al padre.

Pero, aplicando a un caso concreto algunos de estos derechos, como la tuición materna, puede llegarse a la conclusión de que el hijo mayor de esa edad debe corresponder a la madre, y entonces esta consideración debe primar sobre aquella disposición de carácter general. La verdad es que, con el criterio moderno, ésta se hace innecesaria, porque bastaría que la ley estableciera que, en caso de divorcio, el juez distribuirá la tuición de los hijos en la forma que mejor consulte su interés.

La diferencia consiste en que la ley antigua se atenía a un principio general, aplicable a todos los niños, sin considerar la realidad de cada caso y ciertos valores humanos. La innovación consiste en que ahora ellos son considerados

como verdaderos derechos, sin perjuicio de que actúe la conciencia del juez para calificar las circunstancias.

Otro aspecto en que debe actuar la conciencia del juez es la apreciación de la prueba. No es posible que ella sea valorada en virtud de simples mecanismos jurídicos, como ocurre en el derecho común. Mediante la acumulación de datos e informes, el juez se forma conciencia de una situación y ello debe bastar para inspirar su fallo, sin que sea necesario que cada hecho aparezca acreditado en la forma estrictamente procesal que exige el derecho común.

Un ejemplo esclarecerá esta situación.

Ambos cónyuges se han separado y disputan la tuición de sus hijos, que se hallan al lado del padre. La madre sostiene que el padre ejerce influencia sobre los pequeños, en contra de ella, mediante halagos y amenazas. No es posible probar este hecho porque él se realiza en la intimidad del hogar. Pero el juez interroga a solas a los niños y constata que se encuentran cohibidos y temerosos, sin la espontaneidad propia de la infancia. Contestan con monosílabos, como si temieran que alguien los oiga. Y demuestran sentimientos muy normales de afecto para su madre, diciendo que les gustaría vivir con ambos.

No es necesario más. El juez, apreciando en conciencia esta prueba, adquiere la convicción de que los niños son objeto de una abusiva influencia contra la madre. No importa que no

haya testigos, ni documentos, ni escrituras públicas.

Concebimos que un juez pueda tener mal criterio o incurrir en abusos, pero para eso están los tribunales superiores. La justicia está en manos de los hombres y es susceptible de sus defectos, pero no por evitarlos se ha de caer en defectos peores. Una buena política sería la selección y estrictez en la designación de los magistrados que han de tener en sus manos el porvenir de los menores.

Capítulo X

DERECHO CON JUDICATURA PROPIA

EL DERECHO de menores es un derecho especializado. Entonces debe tener jueces especiales para su aplicación.

Los jueces del derecho común resultan incompetentes por cuanto su hábito profesional les orienta hacia las soluciones jurídicas y abstractas de los códigos ordinarios y ellos no satisfacen al espíritu moderno de la protección infantil, según el cual son los hechos concretos los que tienen importancia y deben indicar las soluciones humanas.

Se dirá que los jueces ordinarios podrían aplicar en los conflictos de los menores las leyes especiales de protección, pero entonces sería necesario que estuvieran revestidos de una doble mentalidad, lo que no siempre es posible. La mentalidad de un individuo tiene elementos inconscientes que orientan su actuación profesional.

Este principio está reconocido universalmente, pues en todos los países modernos existe la judicatura especial de menores, y ella constituye uno de los derechos de la infancia.

Y esta judicatura especial debe comprender tanto a los jueces de primera, como de segunda instancia, para que en ambas exista la armonía necesaria.

Bajo estos respectos entre nosotros existen dos defectos muy graves.

En primer lugar, sólo existen jueces especiales de menores en las ciudades de Santiago y Valparaíso, con jurisdicción en los respectivos departamentos. En el resto del país aplican las leyes de menores los jueces comunes, y es notorio que a menudo su aplicación no corresponde a su espíritu, pues se reduce a un simple mecanismo jurídico con prescindencia de los aspectos sociales y humanos, que no pueden olvidarse tratándose de proteger a un menor.

Esto tiene especial importancia en el campo de la delincuencia, en que el juez del crimen suele inclinarse sólo a mirar el delito y la sanción, elementos que tratándose de los menores pierden su importancia, ante el problema de protegerlos y readaptarlos, mirando a su porvenir.

Es así como suelen abordar el problema del discernimiento con el criterio clásico, simplemente psicológico, que ya hemos impugnado.

El otro defecto, igualmente grave, es que en Chile no existen los tribunales de menores de segunda instancia, y así, cuando se produce una apelación, debe conocer de ella el Tribunal ordinario de segunda instancia, esto es, la Corte de Apelaciones, y se observa muchas veces que, fallada una causa en primera instancia con el criterio social y humano del nuevo derecho, es revocada en segunda instancia para aplicar un artículo del Código.

Esto ha sido reconocido por la Excma.

Corte Suprema, que es el más alto tribunal de justicia, pues en algunas ocasiones ha anulado sentencias de algunas de las Cortes de Apelaciones del país, por estimar que han aplicado principios jurídicos del derecho ordinario, que no son adecuados para resolver los problemas de los niños.

En esta forma, la Excma. Corte Suprema ha reconocido en forma amplia y reiterada la existencia de este nuevo derecho que hemos querido perfilar en este libro.

Y es un hecho digno de alabanza y de mención, porque en todas partes los tribunales superiores suelen ser elementos conservadores en las innovaciones jurídicas.

En la revolución moderna de los derechos del niño, la Excma. Corte Suprema de Chile ha señalado, a todos los jueces, los nuevos senderos por donde deben orientar su acción.

Esta dualidad de jurisdicciones, especial y ordinaria, constituye un verdadero contrasentido.

En efecto, si se han establecido jueces especiales de primera instancia, porque deben inspirarse en un nuevo criterio, diverso al de la justicia común, resulta absurdo entregar la justicia definitiva de segunda instancia, a la jurisdicción común, porque entonces no se realiza el principio que se tuvo en vista al establecer los jueces de menores.

Para proceder con lógica es, pues, indispensable, que donde haya jueces especiales de menores existan también tribunales de segunda

instancia, de la misma índole. Si para fallar se requiere un criterio especial, se le requiere igualmente para revisar lo fallado.

Capítulo XI

LA REALIZACION

HEMOS perfilado el nuevo Derecho de Menores. El es el Código doctrinario de los Derechos del Niño.

El deber que nos impuso la investidura de nuestro cargo fué realizar ese Código en la labor práctica de la administración de justicia.

Ello constituiría una verdadera revolución, porque era necesario implantar una ideología nueva en instituciones milenarias que pugnarían por mantenerse con el peso de la inercia. Había una Bastilla formidable que destruir, hecha de prejuicios y tradiciones que giraban alrededor del vetusto Código Civil, engarzado en la ideología pagana de los romanos.

Para ello era indispensable, en primer lugar, hacer una gran campaña de opinión, a fin de introducir en la conciencia pública la necesidad de la reforma. Y lo hicimos mediante toda clase de propaganda: en la prensa, en la Cátedra, en los círculos sociales, en los folletos y libros y hasta en las conversaciones familiares.

Y luego después, en forma primordial, en los fallos judiciales, que debieron escandalizar a muchos espíritus pacatos, imbuídos del espíritu urista, frío y lapidario, del Código Civil.

Esta labor judicial ofrecía el peligro

de chocar con el criterio de los Tribunales superiores, que seguramente deberían fruncir el ceño ante imprevistas audacias que parecerían insólitas e irreverentes.

Y este peligro no era ilusorio, porque había el ejemplo de esta misma revolución, emprendida en otros países americanos, donde se planteó desde el primer momento este grave conflicto.

La primera etapa fué feliz, porque ante la sorpresa de los primeros impactos, no hubo respuesta y pareció que la revolución se consumaría sin lucha, pero fué una simple apariencia; tal vez el acatamiento al aplauso de la opinión pública, que a través de la prensa se manifestó sin reservas.

Pero muy luego sobrevino la reacción, y ante una orden de detener a un padre de familia que se negaba a concurrir al Tribunal para responder al abandono de sus hijos, se produjo la inevitable amonestación.

Era el primer impacto lanzado al Tribunal que pretendía, en tal forma, atentar contra la libertad humana.

Hubo necesidad de recurrir al Tribunal Supremo de Justicia de Chile, y allí se ventiló la causa entre la osadía de un juez, que representaba la protección a la infancia, y un artículo del Código Civil, cuyo número y ubicación no recordamos.

Y obtuvimos el primer triunfo.

Luego se produjo otra divergencia

cuando el Tribunal falló una causa apartándose del Código Civil, o mejor dicho, de su aplicación textual, y dictó una sentencia protegiendo a un lactante para dejarlo en brazos de su madre.

El Código Civil, envejecido por los años, cobró bríos de juventud y triunfó en estrados superiores. Tenía un artículo que impedía que ese niño continuara en el regazo materno y se aplicó, entonces, el adagio romano: *Dura lex sed lex*.

En otro fallo posterior se repitió la audacia y entonces se produjo el hecho plausible. Aquello estaba bien. En el anterior fallo se había incurrido en un error.

Pero el Código Civil se irritó y se dispuso a librar la batalla final contra este nuevo Código de Menores, altivo y arrogante, que pretendía herir con petulancia su apacible ancianidad.

Y se planteó el problema entre un padre y una madre que se disputaban la tuición de los hijos: hombres y mujeres.

El padre, enarbolando el Código Civil, dijo que sus hijos le correspondían en el régimen normal del matrimonio.

La madre objetó que no estaban en el régimen normal del matrimonio, desde que vivían separados.

El padre contesta que esa situación de hecho no puede ser considerada por el Tribunal porque el Código Civil no la contempla. Su ilustre autor, don Andrés Bello, no imaginó que los cónyuges pudieran separarse sin divorcio.

En tal situación, alegaba el padre, debe entenderse que los padres viven juntos, y en consecuencia, le corresponden a él los hijos.

“Debe entenderse”. He ahí lo que el Tribunal no podía aceptar, porque era una ficción.

La contienda quedó planteada en términos bien categóricos y precisos; era una lucha definitiva, a muerte. Uno de los contendores, el Código Civil o el de Menores, debía quedar vencido.

El Tribunal resolvió la contienda sin vacilación.

El Código de Menores, como nuevo, debía tener la preferencia sobre el Código Civil, como viejo, porque así es la ley humana y así lo exige el progreso.

La ancianidad cede paso a la juventud.

Por otra parte, los padres no vivían en el régimen normal del matrimonio, porque se hallaban separados; y esta situación de hecho debía ser considerada, porque afectaba a los hijos; aun cuando el Código Civil hubiera olvidado considerarla.

Son las realidades las que influyen en la formación de los hijos, y no las ficciones del derecho.

Y la lógica dice que a situaciones diversas hay que aplicar leyes diversas.

Por último, el interés de los hijos estaba en permanecer al lado de la madre, y así se resolvió.

El Código Civil, lejos de abatirse, sonrió con olímpico desprecio.

Y fué al Tribunal de Alzada en grado de apelación. Allá contaba con el triunfo, porque había jueces de derecho, y no esos jueces tan humanos que se emocionan ante el llamado de un niño y ante el dolor de una madre.

El abogado del padre alegó la causa en nombre del Código Civil.

No podía aceptarse la innovación, porque ello significaría destruir la patria potestad, que permanecía invulnerable desde los romanos.

Terminan los alegatos. La causa queda en acuerdo. El momento es emocionante: ¿Qué dirán los Ministros de derecho?

No sabemos lo que discutieron, pero al cabo de tres días se conoce el fallo: han confirmado, por unanimidad, la sentencia.

Está bien que los hijos queden con la madre, en virtud del nuevo Código que consagra los derechos del niño.

Es el triunfo definitivo. La Revolución queda consumada y el Código de Menores se eleva sobre un pedestal, bajo el cual rezonga la incomprensión humana.

El Derecho nuevo se difunde por toda la República con el prestigio que le ha dado el Tribunal de segunda instancia. Todos los jueces aplican sus principios y ellos trascienden al extranjero y son comentados favorablemente por numerosos diarios y revistas americanos.

Pero lo principal es que esos principios han logrado inspirar la jurisprudencia de muchos tribunales extranjeros.

Así ha ocurrido, por ejemplo, en el Uruguay, República progresista donde culmina la protección a la infancia, donde existe un Instituto Internacional Americano de protección a la Infancia y un magnífico Código del Niño.

Allí un Juez de Menores ha citado en numerosas ocasiones la jurisprudencia emanada de Santiago de Chile, y en una ocasión dictó una famosa sentencia, estampando expresamente en uno de sus considerandos, que se atiene a esa jurisprudencia chilena, según la cual "existe otro valor más respetable que la autoridad paterna, y es la personalidad y el porvenir del hijo, pues autoridad no significa sólo subordinación y su fundamento es, en este caso, el bienestar, la educación y el porvenir del hijo".

Son las expresiones textuales del Juez de Menores de Santiago, y si alguna satisfacción ha podido causarle esta sentencia, es la de ver reconocidos los principios por cuya difusión viene luchando por más de veintiséis años y es también la patriótica satisfacción de que en el extranjero figure el nombre de Chile, cuando se trata de protección a la infancia.

No deseamos seguir invocando otros casos de reconocimiento de nuestra labor en países y congresos europeos, porque no parezca inmodestia.

Capítulo XII

DESAGRAVIO AL CODIGO CIVIL

EN LA revolución de los derechos del niño, hemos visto que el enemigo contra el cual ha debido luchar el nuevo derecho de Menores es el Código Civil. Esto fué por culpa de los abogados, que lo tomaron como emblema.

Situación injusta e irreal, porque el Código Civil está muy lejos de ser enemigo del nuevo derecho de Menores. Por el contrario, armoniza con él para realizar los derechos del niño.

Cierto es que su artículo 219 establece que los hijos legítimos estarán especialmente sometidos al padre, y que el artículo 223 dispone que, en caso de divorcio, tocará el cuidado de los hijos menores de catorce años a la madre, y de las hijas de toda edad; y según el artículo 224 tocará al padre el cuidado personal de los hijos varones desde que han cumplido catorce años.

Si estas normas fueran de aplicación inflexible serían contrarias a los principios modernos de protección infantil; porque la sola edad no basta para determinar el derecho de los hijos, pero felizmente no son inflexibles.

En efecto, el artículo 230 establece que ellas podrán modificarse por el juez en todo caso y tiempo, *si sobreviene motivo justo*.

En consecuencia, en cualquier conflic-

to se trata sólo de determinar si existe motivo justo para alterarlas, y ello queda entregado al criterio del juez.

Ese motivo justo puede ser la necesidad de garantizar el bienestar del menor.

Así, por ejemplo, si el menor, por su edad corresponde al padre, pero se halla afectivamente vinculado a la madre, en términos que separarlo de ella pudiera significarle un daño psíquico, ello sería un motivo justo para alterar la norma general.

Atendida la sabiduría de don Andrés Bello, autor del Código Civil, sería incomprensible que no hubiera contemplado esta excepción.

Y fué muy sabio al contemplarla, no en forma casuística, sino mediante la expresión genérica "motivo justo", dentro de la cual cabe cualquiera circunstancia.

Suele creerse que para realizar la protección del niño con criterio moderno, hay que aplicar necesariamente la Ley N° 4447, colocada en pugna con el Código Civil, pero es un lamentable error.

En varias ocasiones hemos hecho la experiencia, fallando una causa con aplicación de los principios modernos, sin recurrir a nuestra ley especial, y citando sólo las disposiciones del Código Civil, y ellas han bastado para proteger al niño.

Si esto se hubiera comprendido, en las causas en que han aparecido en la lid el Código Civil contra el derecho de Menores, ambos ha-

brían depuesto las armas, como campeones de la misma causa.

Sea esto el mayor desagravio que podemos rendir al calumniado Código Civil y a su ilustre autor, don Andrés Bello, quien se habría sentido amargado al ver que en tan mala forma se le ha comprendido.

En consecuencia, la lucha ya no podrá pensarse trabada entre el nuevo derecho de Menores y el Código Civil, sino entre aquel y los que no saben leer en los textos gramaticales el alma de las disposiciones.

C á p í t u l o X I I I

LA LIBERTAD INDIVIDUAL

UNO DE los derechos del niño que la ideología contemporánea ha consagrado en forma predilecta, es la libertad individual.

Parece contradictorio hablar de la libertad de los niños, pues ellos están sometidos a la autoridad paterna o a la de los guardadores, que la reemplaza, lo que significa limitación de la libertad.

Ese es el prestigio del nuevo derecho, que ha desvanecido esa aparente contradicción.

Claro es que en el concepto primitivo de la patria potestad no existía la libertad de los hijos, ya que el padre tenía sobre ellos derecho de vida o muerte.

El nuevo derecho de menores ha humanizado esa autoridad, estableciendo que el padre no podrá ejercerla abusivamente, y que ella debe recaer en beneficio del hijo.

Para realizar esa idea se da intervención a la justicia de menores en la reclusión de los hijos. Antiguamente bastaba la demanda del padre para que el juez la decretara. Hoy debe el juez calificar los motivos y rechazar el castigo si le parece injusto.

La sumisión del hijo a la autoridad paterna dentro de los límites admisibles no se

opone al principio de la libertad, pues ésta nunca es absoluta. También el adulto tiene restringida su libertad mediante la sumisión a las leyes.

Esta intervención de la justicia en la reclusión de los menores significa poner la autoridad paterna en manos del Estado, quien sustituye, así, al padre.

Pero no por eso desaparece el peligro del abuso. Por el contrario, la difusión de los sistemas y establecimientos de protección lo facilita, haciendo posible que, bajo pretexto de proteger a los niños, se les recluya errónea o abusivamente.

La solución del problema es muy sencilla y consiste en otorgar a los niños las mismas garantías que tienen los adultos en resguardo de su libertad individual, y que son: la intervención de la justicia en todos los procedimientos destinados a restringirla y el ejercicio del derecho de *habeas corpus* en casos de detención arbitraria.

La primera garantía queda realizada con el funcionamiento de los Tribunales de Menores, a cuya jurisdicción pertenece la restricción de la libertad, y es por eso que ella no puede estar a cargo de funcionarios simplemente administrativos, y sobre esta materia es útil desvirtuar un error muy frecuente, que se proclama como principio modernista.

Se dice que de acuerdo con el concepto moderno de protección al niño no es necesario que haya jueces de menores, pues sus funciones podrían ejercitarlas otros funcionarios competentes, como médicos, maestros, psicólogos, y en vez

de Tribunales podría haber, entonces, simples organismos administrativos.

Cuando se dice esto, se piensa sólo en las medidas protectoras en si mismas, y así se comprende que un maestro o un psicólogo sepan cómo debe educarse a un niño.

Pero el problema tiene otro aspecto, que no consideran quienes esgrimen ese argumento, y es el que hemos señalado: el de las garantías de la libertad individual.

En efecto, hay ocasiones en que para proteger a un menor es necesario recluirlo, restringiendo o suprimiendo su libertad, y ello podría decretarlo un médico, un maestro o un psicólogo.

Pero hay veces en que tales restricciones no son necesarias y entonces, al decretarlas, se atentaría contra la libertad del menor; y ese abuso, cometido por funcionarios simplemente administrativos, ofrece caracteres de extraordinaria gravedad.

En primer lugar, porque tales funcionarios pueden ceder a influencias de sus superiores, que no podrían resistir sin peligro de perder su cargo.

En cambio los jueces, con la inamovilidad de que gozan, están libres de estas presiones.

Por otra parte, los actos funcionarios de los jueces están sometidos a la revisión que facilitan los recursos legales y a las sanciones de las medidas disciplinarias, todo lo cual reduce la posibilidad de errores y de abusos a su mínima expresión.

Por último, la protección eficaz de los menores hace a menudo indispensable actuar contra personas mayores, como los padres, guardadores o extraños. Así ocurre en los juicios sobre alimentos, privación de la patria potestad, abusos y delitos contra menores y muchas otras gestiones, cuyo conocimiento sólo puede corresponder a la justicia.

Entonces, el reemplazo de los Tribunales de Menores, por funcionarios simplemente administrativos, sería retroceder; y la nueva etapa de progreso en la protección de menores está señalada por la idea contraria, esto es, por el robustecimiento de la acción de los Tribunales de Menores en forma que dispongan de las más amplias facultades para dictar todas las medidas que requiera la protección eficaz de los menores, y esa es la dirección que se observa en la legislación de los países más progresistas.

Sintetizando, podemos decir que la existencia de los Tribunales Especiales de Menores es una sólida garantía para los derechos del niño, pues si se trata de verdaderos derechos, es a la justicia a quien corresponde realizarlos. De otra manera tendríamos un Código sin jueces: una inteligencia sin voluntad propia para realizarse.

Se ha solido decir que en México, que se destaca por el progreso alcanzado en la protección infantil, los jueces de menores han sido reemplazados por organismos simplemente administrativos.

En esto hay una incomprensión o un desconocimiento de la realidad.

En efecto, allá no se ha abandonado esta primera garantía de la intervención de la justicia en los procedimientos restrictivos de la libertad, y es así como los Tribunales de Menores tienen una amplia difusión y no existe ningún organismo simplemente administrativo que los reemplace.

¿Cómo se explica, entonces, esta extraña afirmación?

Es que hay un lamentable equívoco, y es indispensable esclarecerlo.

Los Tribunales en general, y por lo tanto los de Menores, pueden ser de dos tipos: judicial y administrativo. Son judiciales cuando los jueces que los componen pertenecen a la carrera judicial y dependen del Ministerio de Justicia. Son administrativos cuando no pertenecen a la carrera judicial y dependen de otros Ministerios.

En México, que es una República federal, donde existen diversas legislaciones, en diferentes territorios, existen Tribunales de Menores de ambos tipos. Los que son de tipo administrativo pertenecen al Departamento de Prevención Social, de la Secretaría de Gobierno. Pero este carácter administrativo no les quita su calidad de tribunales, porque están formados por jueces y hacen justicia.

Cierto es que en los Tribunales Colegiados, no todos los jueces son abogados. Los hay

compuestos por tres jueces, un médico, un abogado y un profesor. Pero no es el título de abogado lo que da la calidad de juez, sino la función que se desempeña; y en este caso el médico y el profesor ejercen las funciones de jueces y así se les denomina.

Queda bien en claro, entonces, que en México el tratamiento de los menores delincuentes está encomendado a la justicia, y no a organismos simplemente administrativos, los cuales, para esta función, no existen en ninguna República latinoamericana; y no podrían existir, pues si a un organismo simplemente administrativo se le otorga la facultad de juzgar a los menores, por ese sólo hecho pasa a convertirse en tribunal.

Y con los Tribunales Administrativos de México, los menores gozan de las mismas garantías de que gozan los que están sometidos a los tribunales judiciales, y de las cuales no gozarían si fueran juzgados por funcionarios administrativos que no tuvieran la calidad de jueces.

Hemos tratado de la primera garantía, esto es, la intervención de la justicia.

La segunda consiste, como dijimos, en el ejercicio del derecho de *habeas corpus* en casos de detención arbitraria.

En el sistema antiguo este derecho no tenía aplicación, pues el padre ejercía sobre el hijo su derecho de recluirlo, como castigo.

Pero en el nuevo derecho el Estado ha sustituido al padre en esa facultad, y entonces el ejercicio del recurso de *habeas corpus* adquiere

una importancia primordial, y es claro que puede ser ejercitado por los menores, porque la libertad individual no es un privilegio de los mayores, sino de todos los individuos.

Así lo consagra especialmente nuestra Constitución cuando extiende esa garantía "a todos los habitantes de la República". sin que nadie pueda ser detenido, procesado, preso o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes.

Como se ve, estas expresiones de absoluta generalidad no hacen distinción de edades y, en consecuencia, no puede excluirse de ellas a los menores, que son tan *habitantes* como los mayores.

Pero este derecho de *habeas corpus*, que entre nosotros se denomina "recurso de amparo" sólo puede ejercitarse cuando el menor ha sido detenido por autoridad que no tenga facultad de arrestar, o fuera de los casos previstos por la ley o con infracción de cualquiera de las formalidades legales; y en eso consiste, precisamente, la garantía que estudiamos.

Por ejemplo: si un intendente o gobernador detiene a un menor para recluirlo en un establecimiento correccional o educativo, procede el recurso de amparo (*habeas corpus*) porque tales funcionarios no tienen facultad de detener, y prescindimos de que se trate de un menor, pues lo mismo podría entablar el recurso en tales condiciones un mayor de edad.

Pero si el menor es detenido por un Juez de Menores o por otro tribunal competente,

no podrá recurrirse de amparo, por estimarse que la orden ha sido injusta, porque entonces, lo que procede es entablar los recursos ordinarios contra la respectiva orden; por ejemplo, el de apelación, si fuere procedente.

Este problema de las garantías de la libertad individual de los menores ha sido dilucidado por los Tribunales Superiores en algunas Repúblicas latinoamericanas.

Recordamos una sentencia expedida por la Suprema Corte de Justicia de México, en un recurso de *habeas corpus* deducido por el menor Exequiel Castañeda contra una orden de detención expedida por el Tribunal de Menores, para aplicarle una medida de protección.

Decía el menor que esa detención había sido expedida sin las formalidades establecidas por la Constitución para la detención de los individuos, por lo cual era arbitraria.

La Corte Suprema, amparando al Tribunal de Menores, desechó el recurso, pero los fundamentos, algunos erróneos, de su rechazo, bastan para dar por establecida la verdadera doctrina.

Comienza la sentencia declarando que los menores, de cualquiera edad que sean, gozan de las garantías individuales de que dentro de las posibilidades de su edad, pueden disfrutar, pues el concepto de garantías individuales no hace distinción alguna entre las personas, sino que, por el contrario, las comprende a todas, con lo que queda ampliamente consagrada la doctrina que habíamos expresado.

A pesar de esta declaración tan amplia, el Tribunal Supremo negó lugar al amparo solicitado por el menor en virtud de las siguientes consideraciones:

a) Porque las medidas adoptadas por el Tribunal de Menores no tienen el carácter de una "detención", ya que el menor no se encuentra procesado ni es objeto de una acción penal.

Esta afirmación es manifiestamente errónea, ya que la detención, o sea, la privación de libertad puede decretarse no sólo en un proceso penal, sino también en un procedimiento destinado a proteger a un menor, como ocurre cuando es necesario recluirlo para su reeducación;

b) Porque las mismas medidas no constituyen una "coacción", pues sólo son una amonestación, vigilancia, guarda, educación correccional, reforma, etc.

Esta afirmación es igualmente errónea, pues si el menor se resiste a cumplir la medida ordenada, será necesario emplear coacción, o sea, la violencia, para privarlo de su libertad;

c) Porque en el ejercicio de las facultades del Tribunal de Menores, el Estado no obra como autoridad, sino en el desempeño de una misión social, sustituyéndose al padre de familia.

Salta a la vista lo erróneo de esta afirmación, pues el Tribunal de Menores, como todo Tribunal, obra como una verdadera autoridad, y en tal carácter sustituye al padre de familia.

No se opone a ello el hecho de que

realice una acción social, pues ésta puede ser realizada por particulares o por la autoridad del Estado, como ocurre respecto de los Tribunales de Menores;

d) Porque el criterio del Tribunal de Menores no es el de aplicar el derecho, que es la función del Estado, sino que se trata de una acción educativa o cultural.

En esta afirmación se colocan como elementos antagónicos el derecho y la acción educativa o cultural.

En esta afirmación se colocan como elementos antagónicos el derecho y la acción educativa o cultural, lo que es un grave error, pues la aplicación de esas medidas educativas o culturales es lo que constituye, precisamente, el derecho de los menores, que consiste, como hemos dicho, en elevar a la categoría de jurídicos los valores humanos.

En virtud de estas consideraciones tan erróneas, el Tribunal desechó el amparo; pero, desvirtuando los errores, queda en pie la doctrina, ampliamente consagrada por el fallo.

Más interesante es una sentencia expedida por la *Excma. Corte Suprema de Chile*, con fecha 20 de diciembre de 1948.

Se trataba de un recurso de amparo deducido por la menor J. Espinoza, que había sido detenida en un establecimiento carcelario por un juez de provincia, en circunstancias que el Juez de Menores de Santiago la había confiado a un familiar.

La Excm. Corte Suprema acogió el recurso, estimando que la detención era arbitraria, e hizo las siguientes declaraciones:

a) Que se trata de un asunto en que está en juego la libertad personal, o sea, del goce de un derecho otorgado por la Constitución Política, y además, el régimen de vida de un menor, que la ley dispone cautelar con el mayor celo, y hay que resolver en forma que J. Espinoza goce de la libertad a que tiene derecho como habitante del territorio nacional y del cuidado requerido por su calidad de menor;

b) Que la ley señala a la magistratura llamada a conocer del *habeas corpus*, la obligación de poner término de oficio a una prisión o detención arbitraria.

Esta sentencia contiene la consagración definitiva de la doctrina que hemos propiciado.

Según ella, el beneficio de la libertad es también un derecho de los menores, garantido por el recurso de *habeas corpus*, consagrado en las Constituciones Políticas de los países de organización democrática.

Pero es claro que en los menores ese derecho no tiene la misma amplitud que en los mayores, porque los primeros están sometidos a la autoridad paterna.

Pero esta no es arbitraria como antes y se sujeta a normas relacionadas con el beneficio del menor.

Esto significa que el padre, o quien haga sus veces, no puede recluir al hijo menor como sanción disciplinaria, si ella no aparece justa, calificación que debe hacer la justicia especial de Menores.

Cuando el menor ha sido detenido con violación de estas normas, o de otras disposiciones legales, puede ejercitar el recurso de *habeas corpus* para obtener su libertad o subsanar las infracciones.

Capítulo XIV

CONSAGRACION SUPREMA

DIJIMOS en el Capítulo II que el carácter fundamental del nuevo derecho es elevar lo humano a la categoría de jurídico, porque la justicia no puede estar divorciada de la humana realidad.

Este principio, que es luz guiadora en las encrucijadas del derecho, fué proclamado por la Excma. Corte Suprema de Chile en un memorable fallo que estableció la jurisprudencia definitiva, consagrando el Nuevo Derecho de Menores como realidad, y no como simple aspiración idealista.

Para la debida comprensión, haremos una síntesis del caso en que se produjo esa sentencia.

Se trataba de una niñita de nueve años, que en compañía de sus padres sufrió un trágico accidente automovilístico en que ellos perecieron y la pequeñuela quedó gravemente lesionada.

Durante su enfermedad, fué atendida por su abuela materna, quien le prodigó en su hogar las más solícitas atenciones.

En estas circunstancias se presentó al Tribunal de Menores el tutor de la niña, nombrado por ambos padres en testamento suscrito poco antes de morir.

Se fundaba el tutor en que el Código Civil lo autorizaba para llevar la menor a su lado.

La abuela se opuso, alegando que desde el fallecimiento de los padres, ella tenía su nieta a su lado.

El Juez de Menores consideró inhumano sustraer a la chica del lado de su abuela para entregarla a una persona a quien ella no conocía, sólo porque la ley le daba el título de "tutor" y lo autorizaba para tenerla consigo.

Y falló la causa declarando que debía quedarse en el hogar de su abuela, quien, después de su desgracia, era su verdadera madre.

Pero, había que expresar los fundamentos de la sentencia, y el Juez consignó los siguientes hechos:

a) Que los padres de la menor habían fallecido en un accidente;

b) Que la niña había quedado con una conmoción cerebral y heridas múltiples;

c) Que en tal estado había sido llevada a casa de su abuela materna;

d) Que a su lado se hallaba muy contenta, rodeada de afecto y muy bien cuidada;

e) Que la niña no sentía afecto hacia su tutor, a quien no conocía, por lo cual se negaba a irse a su lado y deseaba permanecer con su abuela;

f) Que la violencia que sería necesario ejercer sobre la niña para obligarla a vivir con su tutor, le produciría graves daños, pues, como lo expresó el médico que la atendía, le

provocaría un grave trastorno psíquico que, por su naturaleza, podía ser de serias consecuencias para su desarrollo futuro;

g) Que, bajo el aspecto humano, sería una crueldad angustiar a la niña, obligándola a abandonar a su abuela, que, en su desgracia, había reemplazado a su madre;

h) Que ese rigor resultaba más inaceptable, considerando que después de la tragedia sufrida, la menor tenía un derecho inviolable al bienestar, a la tranquilidad y a la libre expansión de sus legítimos sentimientos;

i) Que, bajo el aspecto médico, la niña no debía por motivo alguno sufrir esa violencia, porque ella le crearía un estado angustioso, especialmente apto para el desarrollo de una complicación, derivada de la conmoción cerebral sufrida, por lo cual su permanencia en el hogar donde vivía, formaba parte del tratamiento médico a que debía continuar sometida.

Es claro que todas estas consideraciones no están expresamente consignadas en el Código Civil; pero lo están, y con caracteres indelebles, en el Código ideológico de los derechos del niño.

En consecuencia, para el Juez de Menores tenían un alto valor jurídico, y así lo expresó en la sentencia.

El tutor, airado, apeló ante la Il.ª Corte de Apelaciones, a fin de que se sancionara tamaño abuso.

¿Qué pensará el lector que hizo la Il.ª Corte de Apelaciones?

Sinceramente, creemos que no podrá imaginarlo. Pues, vamos a decirlo: anuló todos los considerandos que hemos transcrito y revocó la sentencia, declarando ¡que la niña debía ser entregada a su tutor!

¿Y qué razones tuvo para ello?

Las siguientes:

a) Que los artículos 354 y 358 del Código Civil autorizaban a los padres para nombrar tutor al hijo;

b) Que no se veía *la razón legal* para no entregar la menor a su tutor;

c) Que la prueba rendida no permitía “modificar el alcance y significado legal que este fallo atribuye a la institución jurídica de la guarda testamentaria”.

Nótese bien que la Corte de Apelaciones no dice que no haya razones para mantener la menor al lado de su abuela, sino que *no ve la razón legal* para ello.

Las consideraciones del Juez de Menores no eran, entonces, *razones legales*.

¿Cómo podríamos calificarlas? Llámemoslas *razones humanas*.

Queda entonces bien claro que, según la Iltrma. Corte de Apelaciones, lo humano no tiene categoría de jurídico.

Y nosotros hemos sostenido todo lo contrario: que lo humano debe elevarse a la categoría de jurídico.

En esta discrepancia, ¿quién tiene la razón?

No podemos ser juez de nuestra propia causa, pero lo fué la Excma. Corte Suprema.

Ante ese alto Tribunal recurrió la abuela ofendida, en defensa de su nieta desgraciada.

¿Qué pensará el lector que hizo la Excma. Corte Suprema?

Ahora creemos que todos lo adivinan: anuló la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones, y declaró que este Tribunal debía dictar una nueva sentencia.

¿Y qué razones tuvo para ello?

Las siguientes:

a) Que el hecho discutido en la causa era si la menor quedaba en peligro moral o material al ser entregada a su tutor, en virtud de las razones expresadas por el Juez de Menores en su fallo (que hemos calificado de "humanas").

b) Que la Corte de Apelaciones no resolvió ese hecho discutido, pues no tomó en cuenta esas razones, ya que las eliminó.

Queda entonces bien en claro que, según la Excma. Corte Suprema, las razones humanas tienen categoría de jurídicas. Es lo que venimos sosteniendo desde hace más de veintiséis años; y es el principio fundamental del Nuevo Derecho de Menores, que recibió, así, la consagración definitiva, por el más alto Tribunal de la República.

La Iltma. Corte de Apelaciones volvió a fallar la causa, pero esta vez declaró que la menor debía quedar al lado de su abuela: lo humano debía elevarse a la categoría de jurídico, porque la justicia no puede estar divorciada de la humana realidad.

Capítulo XV

LOS DERECHOS DEL NIÑO

*Todo niño, por el hecho de serlo
y por su condición de ser humano,
tiene los siguientes derechos:*

1. **VIDA PRENATAL.** —Se suele considerar que los derechos del niño comienzan con su nacimiento, porque desde entonces existe ante la sociedad.

Pero la personalidad humana comienza mucho antes, esto es, en el momento de la concepción. Desde entonces, hasta el nacimiento, transcurre un período de trascendental importancia para la vida futura del ser en gestación. Durante ese período, la existencia de la criatura está directamente vinculada a la vida de la madre, y todo cuanto a ella afecte tiene directa repercusión en el organismo del hijo. De aquí que el primer derecho del niño es la normalidad de su gestación, la que se traduce en la necesidad de proteger a la madre durante el embarazo.

Esa protección debe comprender los cuidados físicos del embarazo y la protección espiritual de la futura madre, a fin de que su vida se desarrolle en condiciones de absoluta tranquilidad.

A menudo se halla perturbada por diversos conflictos, especialmente cuando se ha colocado en el trance de la maternidad, violando las normas sociales.

Los derechos del niño exigen menospreciar esas consideraciones ante el hecho consumado, que requiere asegurar al hijo una gestación normal.

Suele ocurrir también que el ambiente en que se desarrolla el embarazo es adverso a la existencia del futuro hijo, y ello impone la necesidad de normalizarlo.

El primer derecho del niño comprende, pues, los siguientes deberes:

- 1) Los cuidados físicos del embarazo;
- 2) La normalidad espiritual de la madre durante ese período;
- 3) La preparación del ambiente en que se desarrolla el embarazo y en el cual llegará al mundo el niño.

2. EL NACIMIENTO. —El nacimiento es el hecho biológico que independiza al hijo del organismo materno.

Ese hecho tiene también importantes consecuencias para la vida del hijo, porque de las condiciones en que se produzca dependerá su porvenir biológico.

El nacimiento es un fenómeno natural, que se produce en virtud de reacciones del organismo, pero a menudo las fuerzas naturales son insuficientes, y entonces es necesario recurrir al

auxilio terapéutico. Todo niño tiene derecho a que ese auxilio sea proporcionado a la madre en las condiciones de mayor eficacia para asegurarle la normal iniciación de su existencia. Es el derecho fundamental de la maternidad, que coincide con el primer derecho del hijo.

En una sociedad bien organizada no se concibe que la madre esté abandonada en ese momento trascendental, y tampoco es dable abandonarla por consideraciones relacionadas con su responsabilidad. El hijo está al margen de ella.

A menudo las circunstancias adversas en que el nacimiento se produce originan accidentes que han de repercutir en la existencia del hijo. Así, existen estados de idiocia que provienen de traumatismos ocurridos durante el nacimiento, y que pudieron evitarse mediante una eficaz atención.

La protección infantil reclama el derecho al nacimiento normal. Madre e hijo constituyen un binomio inseparable, que ninguna consideración puede disgregar. Si un hijo ha sido concebido, ese solo hecho crea la obligación de procurarle un nacimiento normal.

Comprende, en consecuencia, este derecho:

4) La eficaz atención médica de la madre en el parto;

5) Las primeras atenciones del recién nacido.

3. . LA TUICIÓN MATERNA. —Si para proteger al niño hay que comenzar protegiendo a la madre que le lleva en su seno, después del nacimiento hay que prolongar esa protección, manteniendo al hijo al lado de su madre, y he aquí un derecho primordial que debe sobreponerse a todo concepto jurídico, porque traduce la necesidad del niño de ser protegido en su indefensión por ese inagotable amor que acaricia con dulzura en la intimidad del hogar y se alza con fiereza cuando le hiere el dolor del hijo.

Y esa abnegada consagración es para él irremplazable. Nadie podrá cuidarle con igual solicitud, nadie podrá comprender sus problemas con igual penetración, nadie podrá sacrificarse en sus desgracias con mayor desvelo y nadie podrá quererle como ella le quiere, sin egoísta interés.

En consecuencia, él la necesita, para eludir en su regazo todos los peligros, y si tuviera energía suficiente, la defendería contra todos.

Si es buena, exalta su derecho. Si se le juzga perversa, podrá serlo para los demás, por razones que su hijo no comprende. Para él será siempre bondad inagotable.

Comprende este derecho:

6) La mantención del hijo al lado de la madre contra todo prejuicio o consideración social;

7) En la separación de los padres, el derecho preferente de la madre a la tuición de los hijos, mientras necesiten su cuidado personal.

4. LA ALIMENTACIÓN. —La alimentación del niño influye en forma decisiva en su constitución orgánica. Si el alimento que se le proporciona es escaso e inadecuado, su nutrición será deficiente y ello puede traducirse en serias anomalías. El proceso del crecimiento y el desarrollo, en general, exige un *mínimum* de adecuada alimentación. Si el organismo no lo recibe, no podrá funcionar en buenas condiciones y ello provocará trastornos fisiológicos que pueden llegar hasta alterar la conducta.

Es innegable la relación que existe entre el estado físico del cerebro y los procesos determinantes de la conducta; y así, la mala nutrición del cerebro puede traducirse en una deficiencia psíquica que ocasione la conducta irregular.

El problema de la deficiente alimentación ofrece caracteres extraordinariamente lamentables en los escolares indigentes, que mal nutridos asisten a la escuela atormentados por el hambre. Y sin embargo, son ya una realidad social.

La alimentación del niño es, por eso, un derecho fundamental, que debe proclamarse con los caracteres de la más apremiante exigencia. Negarlo al niño es negarle el derecho a la vida, y ello constituye el más rotundo fracaso de la civilización, pues significa un sarcasmo y un imperdonable egoísmo, que mientras haya individuos que gozan en la opulencia, vivan a su lado niños desgraciados que mueren de hambre en la sordidez de la miseria, sin otra expectativa que implo-

rar el mendrugo de pan a la indiferencia del transeúnte.

Comprende este derecho:

8) La alimentación del niño durante la lactancia y edad preescolar;

9) La alimentación durante la edad escolar;

10) Que la alimentación en cualquiera de estas edades sea suficiente en cantidad y calidad.

5. EL VESTUARIO. —El vestuario del niño está directamente relacionado con su salud. En efecto, ciertas enfermedades de la piel y enfriamientos orgánicos suelen provenir del vestuario insuficiente o inadecuado.

Por otra parte, tiene también una importancia psicológica, pues el niño, desde sus primeros años, manifiesta afición por el bien vestir, lo que le proporciona un indudable bienestar.

Por el contrario, el vestuario deficiente significa para él una inferioridad, especialmente en la convivencia escolar.

Para el niño que vive pobremente, aquello es una humillación que lo mortifica y suele hacerlo rehuir la escuela.

La psicología contemporánea ha proclamado los sentimientos de inferioridad como un factor determinante de la actuación social, que puede provenir en el niño de la deficiencia de su vestuario, que lo coloca en situación deprimente.

Crear en el niño un sentimiento de

inferioridad es rodearlo de un factor adverso en el curso de su desenvolvimiento, y el deber de la sociedad consiste, precisamente, en lo contrario, esto es, en rodear al niño de todos los factores constructivos que han de elaborar su destino.

Entre ellos, el vestuario es uno de los factores y el niño tiene derecho a que se le proporcione, porque en la insuficiencia de sus propios medios ha de exigir a los responsables de su existencia, y en último término a la sociedad, todo cuanto necesita para sobrellevar dignamente el problema de la vida, que se le ha impuesto como un hecho ineludible.

Comprende este derecho:

- 11) El vestuario higiénico desde el nacimiento hasta la edad preescolar;
- 12) El vestuario higiénico y social en la edad escolar.

6. LA HABITACIÓN. —La habitación del niño tiene una importancia fundamental en su vida y desarrollo.

Desde luego, debe ser higiénica, a fin de garantizar su salud.

Pero debe ser también lo suficientemente amplia para hacer posible la expansión de las actividades del niño y no oprimir su espíritu con el pequeño horizonte de una reclusión.

No siempre los niños pueden disfrutar de estos beneficios. A menudo, la miseria les hace vivir en sórdidas habitaciones, sin sol, sin aire, rodeados de inmundicias.

Cuando saben andar, asfixiados por el ambiente pequeño y nauseabundo, salen a la calle, que es para ellos la jubilosa liberación, y entonces les acechan todos los peligros de la vagancia.

Pero otros niños más abandonados ni siquiera disponen de un cuarto, y se cobijan durante la noche en los huecos de las puertas, bajo los puentes, en los bancos de las plazas o en la intemperie de las calles.

No hay que hacer esfuerzos para comprender el sombrío porvenir que les aguarda, en la antesala de la delincuencia.

Comprende este derecho:

13) La habitación higiénica;

14) La amplitud necesaria para la expansión del niño.

7. LA EDUCACIÓN. —El nacimiento de un hijo en condiciones normales, bajo los aspectos exteriores, no basta a la sociedad para disponer de un individuo eficiente, porque la existencia biológica consiste sólo en un conjunto de instintos y tendencias destinadas a la mantención del individuo y de la especie.

Para la vida moderna no basta la existencia biológica, que puede ser un elemento negativo: Ella requiere en el individuo la formación del patrimonio social, esto es, el conjunto de hábitos y sentimientos que sólo pueden adquirirse mediante la educación.

Todo niño tiene derecho a disfrutar de esa obra socializadora.

A menudo la sociedad omite ese deber y deja entregados los niños a las circunstancias adversas del destino, haciendo de ellos individuos antisociales.

Y ante ese peligro, con frecuencia recurre sólo al sistema anacrónico de la represión penal, olvidando la injusticia que ello significa cuando la conducta antisocial tuvo su génesis en el abandono culpable en que se tuvo al niño. Castigarlo significa, entonces, castigar a la víctima y no al victimario.

Al hablar de educación, no debe entenderse sólo la labor escolar, sino ese conjunto más amplio de influencias del ambiente, que forman la personalidad del niño.

Bajo este concepto, la existencia de un niño delincuente representa una tremenda acusación contra la sociedad, que le privó de su derecho de ser educado.

El niño lo recibe todo del ambiente, y cuando tiene un patrimonio psicológico negativo, es que así lo recibió de la sociedad, que debió educarlo.

Pero la educación escolar no debe proporcionarse con absoluta uniformidad para todos los niños, sino reconociendo las aptitudes de cada cual, para desarrollarlas de preferencia.

Y no debe olvidar que su misión fundamental consiste en preparar un ciudadano apto para el ejercicio de la democracia, pues no es posible de propiciar otra forma de gobierno y de sociabilidad.

La educación, por fin, debe mirar al futuro, pues en la época en que los niños serán hombres, habrá nuevas ideas y nuevas costumbres.

En consecuencia, no deben imponerse a los niños las ideas del ambiente como valores definitivos, sino como estados culturales transitorios, cultivando así su innato espíritu de perfectibilidad, elemento indispensable del progreso.

Por eso mismo, las ideas dudosas deben serle ofrecidas como tales, y no como dogmas. Cuando sea hombre, sabrá juzgarlas con plenitud intelectual.

El derecho a la educación integral comprende:

- 15) La educación familiar;
- 16) La instrucción en la verdad de las leyes naturales;
- 17) La educación social que adapte al niño al medio adecuado;
- 18) La vida en un ambiente sin influencias nocivas;
- 19) La orientación vocacional;
- 20) La preparación para el ejercicio de la democracia;
- 21) El cultivo de la perfectibilidad frente a las ideas actuales de la civilización.

8. LA SALUD. —La salud es el factor básico de toda la actuación social, ya que ella proporciona el elemento indispensable de la conducta en todas sus manifestaciones.

El niño en el medio social se halla rodeado de graves peligros que atentan contra su salud y es deber del Estado reducirlos al *mínimum*.

Bajo este aspecto, la medicina curativa resulta insuficiente, y el concepto moderno proclama la necesidad de evitar los agentes patológicos que acechan contra la vida humana. Si ese es un deber respecto del adulto, lo es mucho más imperioso respecto del niño que, por las frágiles condiciones de su existencia, está más expuesto a los peligros de las enfermedades. Así, la asistencia escolar expone a los niños a los graves peligros del contagio, como ocurre en todas las agrupaciones humanas, y entonces surge, como un deber ineludible, adoptar todas aquellas medidas higiénicas que eviten tales peligros.

A menudo, las clases populares, por sus lamentables condiciones de vida, se hallan expuestas a todos los peligros de las enfermedades y los niños son las primeras víctimas.

La mortalidad infantil, que en algunos países como el nuestro asume alarmantes proporciones, es la expresión más genuina del desamparo en que suelen encontrarse los niños, especialmente en los primeros días de su existencia.

El porvenir de los pueblos se fundamenta siempre en el aumento de su población, y dejar que ella disminuya por el efecto nefasto de las enfermedades es la omisión más trágica de los deberes sociales.

La lucha contra los enemigos del hombre debe intensificarse siempre respecto de los seres más indefensos, como los niños.

Comprende el derecho a la salud:

22) Los cuidados higiénicos durante el desarrollo infantil;

23) La oportuna y eficaz curación de todas las enfermedades del niño.

9. LA ALEGRÍA. —El niño necesita tranquilidad y distracciones que le hagan la vida alegre y llevadera. Los sufrimientos prematuros irán dejando en su alma un sedimento de amargura que lo hará hostil y huraño. Nada más triste que el espectáculo de los niños envejecidos por el dolor, que no han conocido la alegría bulliciosa de los años infantiles.

Atendidas las complicaciones de la vida moderna, el destino del hombre suele ser una constante amargura, cuando todos los obstáculos se oponen a su felicidad. El niño debe estar al margen de esos dolores, porque su alma debe formarse sólo con agradables impresiones.

Y la alegría de los niños está siempre vinculada a la conducta de los mayores. No siempre ellos tienen el espíritu comprensivo y el alma generosa para proporcionarles la alegría que necesitan. Muchas veces el egoísmo y la insensibilidad es lo único que pueden darles.

Para proporcionarles alegría, es necesario comprender su espíritu; pero no todos los padres ni todos los adultos tienen esa comprensión

y suelen pensar que la máxima virtud de los niños consiste en ostentar la seriedad de los mayores. No saben que a menudo esa seriedad prematura no significa sino una anomalía del desarrollo, proveniente de enfermedades o de un ambiente hostil en que no existe otra norma que la inexorable disciplina.

Siempre el ambiente donde el niño vive, como el hogar y la escuela, debe estar rodeado de elementos materiales y morales que den alegría a su espíritu.

Un niño triste es siempre un hecho anormal.

Para asegurar este derecho hay que proporcionar al niño:

24) Un ambiente adecuado para hacer posible la alegría;

25) El derecho a no convivir con personas que le sean hostiles.

10. E L J U E G O . —El juego es un elemento indispensable para la normal expansión del niño y hay que proporcionárselo como se le proporciona el alimento.

Muchas veces los padres y los mayores no lo comprenden y se empeñan en difundir a los niños una impasible gravedad, considerando como indisciplina sus entretenimientos.

El juego, por otra parte, es de un alto valor educativo y los padres deben aprovecharlo como elemento de observación y de enseñanza.

Jugando, los niños revelan sus inclinaciones, su carácter y sus sentimientos, y observando sus incidencias pueden los padres comprender sus extravíos y corregirlos mediante oportunas intervenciones. Los padres deben, no sólo permitir el juego de los niños, sino estimularlo y participar en él. Quien no sabe jugar con los niños no puede ser un buen maestro, y todo padre debe serlo siempre en la intimidad del hogar.

Se incurre con frecuencia en el error de considerar los juegos infantiles como actividades frívolas y superfluas. Es el más grande de los errores. El juego, para los niños, es algo tan serio e importante como el trabajo de los mayores, porque en él ponen toda su alma, todo su entusiasmo y toda su fe. Y si no, observad la delicadeza y ternura con que la muchachita de diez años cuida su muñeca y decid si no es una verdadera madre que, solícita y abnegada, le consagra toda la intensidad de su cariño en su inocente ficción.

Por eso, el juego de los niños es algo serio y solemne. Contiene la grandeza del poema y el dolor de la tragedia.

Los padres y los maestros deben saber formar el carácter del hombre en el juego de los niños.

Este derecho hace indispensable:

26) Proporcionar al niño los juguetes adecuados a su edad, sus aficiones y a su sexo;

27) La libertad de dedicarse a los juegos colectivos, que proporcionen legítima expansión al espíritu del niño;

28) La selección psicológica de los juegos infantiles.

11. LA VIDA FAMILIAR. —El hogar de la familia es el ambiente más adecuado para la formación moral del niño, porque él le proporciona la ideal protección, basada en el afecto. Por eso, en las circunstancias adversas en que el niño suele hallarse en la sociedad, debe procurarse siempre conservar su vida familiar, protegiendo el hogar, si es la indigencia la causa de su desgracia.

A menudo se pretende remediar la indigencia de los niños, colocándolos en un asilo, donde tengan vestuario y alimento, y he ahí un rebaño que come y duerme lo mejor que permiten las circunstancias.

Entre tanto, ¿qué suerte correrá la formación moral de esas pobres criaturas, perdidas en el montón, como una cifra anónima?

Podrá concebirse un asilo más perfecto, que se acerque más a la realidad de la vida, pero ni aun en él disfrutará el niño del ambiente afectivo que necesita. Por el hecho de recluirse a un niño, se le causa un daño, porque se le aísla de su familia. Por muy humilde y deficiente que sea un hogar, contiene elementos irremplazables para la formación moral del niño. Por eso se ha dicho que el peor hogar vale más que el mejor asilo.

Si el niño es huérfano, debe recurrirse a la colocación familiar, en el seno de una familia honorable que quiera acogerlo como a un hijo.

Y en último término, deben formarse hogares familiares, constituídos por pequeños grupos de muchachos a cargo de un matrimonio entusiasta y amante de los niños, donde pueda desarrollarse la vida acercándose en lo posible al sistema familiar, sin más normas que el cariño, la rectitud y la prudencia de los padres adoptivos.

Es la única forma de ocuparse individualmente de cada niño, para observar y dirigir el curso de su desarrollo, estimulando las iniciativas personales.

El derecho a la vida familiar exige:

29) La permanencia del niño en el seno de su familia, siempre que ello no constituya un peligro físico o moral;

30) En caso de no ser posible, procurarle un ambiente familiar, ya sea en una familia o en hogares infantiles;

31) No imponerle reclusiones innecesarias.

12. LA PERSONALIDAD. —Todo niño tiene derecho a ser considerado como niño, y no como adulto. Esto, que parece una sencillez, es, sin embargo, lo más infringido en el tratamiento de la infancia. En efecto, a menudo se pretende imponer a los niños la gravedad de los mayores, y es frecuente que para elogiar la conducta de un niño, se diga que es todo un hombre, lo que no significa sino una incomprensión de las características psicológicas de la infancia.

Por otra parte, todo niño tiene una

personalidad propia, constituída por su inteligencia, sus sentimientos y su carácter. He ahí un patrimonio que debe ser respetado, lo que a menudo se omite en la familia o en la escuela, cuando se aprisiona la personalidad de los niños en virtud de un concepto erróneo y exagerado de la disciplina, que pretende formar el espíritu de todos en moldes invariables, desconociendo sus diferencias individuales.

Así como la integridad física es un derecho individual universalmente reconocido, lo es también la integridad moral, y ella exige que sea respetada en el niño como uno de sus derechos esenciales.

Aun ciertos defectos de carácter suelen ser en el niño un patrimonio indestructible.

Entonces, más útil que la violencia y la represión, es la obra racionalmente educativa, encaminada a disciplinar el carácter, encauzándolo a fines provechosos para el individuo y para la sociedad.

El respeto a la personalidad exige los siguientes derechos:

32) La libre expansión de las facultades infantiles;

33) El respeto de las aptitudes individuales de cada niño;

34) La disciplina de sus defectos.

13. LOS DERECHOS JURÍDICO-SOCIALES. —La situación de los niños en la sociedad suele hallarse en condiciones desmedradas a

causa de conceptos jurídicos y preocupaciones sociales que limitan sus naturales derechos, perjudicando su porvenir. Así ocurre, por ejemplo, con la situación de inferioridad en que se hallan los hijos ilegítimos, cuya inteligencia y virtudes no les sirven de nada entre las vallas inflexibles que les oponen ciertas leyes anacrónicas, como la prohibición de investigar ampliamente la paternidad, para que sus progenitores cumplan el más elemental de sus deberes.

El menosprecio con que la sociedad suele mirar a los hijos ilegítimos se traduce a menudo en obstáculos insubsanables para disfrutar de ciertos beneficios, como el ingreso a establecimientos educacionales, que llegan así a constituir un injusto privilegio.

Esos obstáculos deben eliminarse a fin de que todos los niños, cualquiera que sea la condición de su nacimiento, tengan las mismas oportunidades de progreso social, y ello no es sino una de las aplicaciones de la democracia, que no exige al individuo, para su actuación en la sociedad, otros requisitos que sus condiciones personales de inteligencia y de capacidad.

Uno de los derechos que debe modernizarse es el de la autoridad paterna, basada en el rígido concepto de la patria potestad romana, que cedía en beneficio único del padre.

La ideología moderna ha desechado ese criterio, y hoy creemos que la autoridad paterna debe ejercerse esencialmente en beneficio

del hijo, pues traduce, más que un derecho, el deber de protección.

El niño tiene también derecho a ser juzgado como niño, lo que requiere leyes y tribunales especiales para resolver todos los conflictos que afecten a la infancia, pues las leyes comunes son inadecuadas para ella, y a menudo los tribunales ordinarios, atendida la índole de sus funciones y cediendo al hábito profesional, omiten el espíritu protector que el niño necesita, aplican principios simplemente jurídicos, desvinculados de la humana realidad, y, por lo tanto, injustos y anacrónicos.

Ello es especialmente indispensable en lo que se refiere a la delincuencia infantil, donde el criterio simplemente punitivo que debe aplicar la justicia del crimen ha sido desechado por la civilización, para reemplazarlo por la acción tutelar.

La amplitud de estos derechos exige:

35) Igualdad jurídico-social de todos los niños, cualesquiera que sean las condiciones de su generación y nacimiento;

36) La amplia investigación de la paternidad;

37) Que la patria potestad sea ejercida en beneficio del hijo;

38) El derecho de ser juzgado como niño, mediante leyes y tribunales especiales;

39) Un personal especialmente capacitado para intervenir en la jurisdicción infantil.

14. **L A D E F E N S A .** —Aun cuando los niños gocen de todos los derechos anteriormente enumerados, se hallarán siempre en una situación de inferioridad, pues debido a la insuficiencia de sus facultades, por ejemplo: inexperiencia, debilidad física, escaso discernimiento, impulsividad irreflexiva, se hallan a menudo expuestos a graves peligros contra su integridad física, contra sus sentimientos y, sobre todo, contra su vida.

Así ocurre, por ejemplo, en los balnearios, donde los niños suelen perecer por falta de precauciones adecuadas, y en el tránsito callejero, donde suelen ser víctimas de accidentes, muchas veces mortales, o de atentados contra sus sentimientos de pudor y contra su moralidad.

Suelen ser también víctimas de abusos de explotación, como ocurre cuando son empleados como instrumentos de mendicidad o cuando son explotados en el trabajo.

La sociedad tiene el deber de defenderlos contra todos esos peligros, adoptando todas las precauciones que las circunstancias aconsejen y estableciendo sanciones enérgicas para todo abuso, considerado como un delito más grave que el cometido contra un adulto.

Y en los casos de calamidades públicas, siniestros u otros peligros, el niño debe ser protegido de preferencia, porque en él reside el porvenir de la sociedad.

Dejarlo en todas estas circunstancias entregado a sus propias iniciativas, es una forma de abandono.

Este derecho comprende:

40) Las precauciones adecuadas frente a todos los peligros, materiales y morales, que crea la vida moderna;

41) La defensa preferente en casos de calamidades, siniestros u otros peligros;

42) La prohibición de toda explotación o trabajo infantil inadecuado.

15. BENEFICIOS DE LA CIVILIZACIÓN. —La civilización, aparte de sus conquistas materiales, contiene un acervo de valores espirituales, como la literatura y, en general, el arte, en todas sus manifestaciones. A menudo ese patrimonio social beneficia sólo a los adultos y a ciertos niños privilegiados. Es indispensable que todos disfruten de él en la medida de su comprensión, a fin de formar su espíritu con esos elementos superiores que constituyen el progreso espiritual de la humanidad.

La psicología moderna ha puesto bien en claro la importancia de las impresiones infantiles en el ulterior desarrollo de la personalidad. No debe desperdiciarse, entonces, la edad infantil, para elaborar sobre bases inamovibles la personalidad humana frente al problema de la renovación de todos los valores, y una forma eficaz de obtenerlo es educar a los niños en el cultivo de los ideales superiores del espíritu.

Por otra parte, esos valores superiores constituyen una fuente de goce espiritual, y no hay por qué privar egoístamente a los niños de

esas legítimas satisfacciones, a las cuales tienen derecho, como partícipes de todos los bienes sociales, que son un patrimonio de común aprovechamiento.

La lectura, la música, la contemplación del arte, son elementos de que el niño a menudo está privado, y sin embargo, se les reconoce universalmente su alto valor educativo. Se impone, entonces, la necesidad de aprovecharlos como elementos útiles en la formación del alma infantil.

La pedagogía debe ampliar su campo de acción con esos materiales de reconocida eficacia, fomentando así el cultivo espiritual no sólo en la personalidad a veces refractaria del adulto, sino principalmente en el alma plástica de los niños. Ellos también tienen derecho a gozar de todos los beneficios de la civilización.

Este derecho comprende:

43) Acceso de los niños a los libros adecuados a su edad; y

44) El goce del arte y de todas las satisfacciones espirituales adecuadas a su edad, sexo y personalidad.

Capítulo XVI

CODIGO PARA LA DELINCUENCIA DE MENORES

I

DECLARACION DE PRINCIPIOS

1. LA DELINCUENCIA de menores no es un problema independiente, sino un aspecto del problema general de la delincuencia en todas sus formas.

2. Y es universal en el tiempo y en el espacio. Lo primero, porque no existe ninguna época en que en una sociedad organizada no haya habido delincuentes, esto es, infractores de las normas de convivencia. Lo segundo, porque existe en todos los países del mundo.

3. La delincuencia, en general, y por lo tanto, la de menores, es un fenómeno progresivo; esto es, que tiende a aumentar a causa de las crecientes complicaciones de la vida en sociedad.

4. En consecuencia, es indispensable poner obstáculo a su expansión, sin lo cual seguirá en incremento. Esos obstáculos constituyen la política contra la delincuencia.

5. El primitivo sistema de lucha ha

sido el represivo, que consiste en castigar al delincuente, sistema que ha resultado muy ineficaz, como lo demuestran el aumento de la delincuencia, primaria y reincidente.

6. El sistema moderno consiste en la prevención, esto es, en combatir las causas que la provocan.

7. Durante mucho tiempo se ha aplicado también a los menores el sistema represivo, con la misma infructuosidad.

8. Hoy se considera que el menor debe quedar al margen del sistema represivo; esto es, del Derecho Penal, por los siguientes motivos:

a) Porque él es un ser en desarrollo, y por lo tanto, inestable, especialmente apto para sufrir las influencias del ambiente, favorable o adverso;

b) Porque llega a hacerse delincuente a causa de la educación recibida en el medio social adverso en que ha vivido, de lo cual no es responsable;

c) Porque, en consecuencia, la sociedad no debe cometer la injusticia de castigarlo, cuando ella es responsable del abandono en que lo ha dejado vivir.

9. Frente a esa responsabilidad, la sociedad debe protegerlo, proporcionándole un ambiente favorable para su readaptación; y ello es más útil, ya que significa restituirlo a la normali-

dad de la vida familiar y del trabajo, lo que no se obtiene con el simple castigo, si el menor conserva sus tendencias antisociales.

10. El discernimiento era, en el antiguo sistema represivo, la base para determinar la responsabilidad penal de los menores.

Como en el sistema moderno, ellos no tienen responsabilidad penal, ha dejado de tener aplicación el problema del discernimiento.

11. Si se trata de proteger a la sociedad contra la conducta delictuosa de los menores, tampoco importa el discernimiento con que hayan obrado, sino su mayor o menor peligrosidad, y es posible que sea más peligroso el que haya obrado sin discernimiento.

Por eso este problema es hoy inútil y anacrónico, y ha sido suprimido por las legislaciones más modernas.

12. Se considera también que la sociedad debe, ante todo, prevenir la delincuencia de los menores, protegiendo a éstos siempre que se encuentren en alguna situación irregular de peligro moral, y ello resulta más útil, más justo y más humano.

13. Ciertamente es alarmante el aumento de la delincuencia de menores; pero quienes se alarman deben pensar que su proporción cuantitativa está siempre en relación con la calidad y extensión de los medios preventivos empleados.

En consecuencia, su aumento acusa la mala organización social en cuanto se refiere a la protección de los menores.

En efecto, todo niño abandonado, que es un delincuente en potencia, supone una autoridad que al abandonarlo no ha cumplido su deber: la de los padres o del Estado.

Y toda autoridad que no ha cumplido su deber, debe reparar los daños causados con su negligencia, lo que en este caso significa la readaptación del menor abandonado.

14. Tanto la obra preventiva, como la de readaptación, deben realizarse mediante sistemas bien coordinados, que constituyan una verdadera política social, basada en principios científicos, humanos, de justicia y de conveniencia.

15. Los principios científicos, humanos y de justicia son esencialmente básicos y de universal aplicación, porque responden a la naturaleza del problema, que es común en todas las sociedades, a pesar de sus diferencias culturales, económicas y de otra índole.

Tales son: la inimputabilidad penal de los menores; la naturaleza protectora de las medidas aplicables; la existencia de Tribunales y establecimientos especiales y las instituciones preventivas.

Los principios de conveniencia constituyen medidas tendientes a cooperar a la realización de los primeros y al mejor éxito de los

servicios y es posible que en sus detalles sean diversas en distintos países.

El presente Código contiene ambas clases de principios, captados de las legislaciones y servicios existentes en las Repúblicas latinoamericanas, de modo que él podría ser adoptado por todas ellas, como orientación positiva hacia el mejoramiento de sus instituciones.

La imposibilidad material en que una República pudiera hallarse para establecer desde luego todos los servicios en él propiciados no debería ser obstáculo para su adopción, pues él sólo constituye una orientación doctrinaria que guíe la política nacional, y cada reforma que se haga constituirá un progreso.

Es lo mismo que ocurre actualmente en todas las Repúblicas, en las cuales los servicios prácticos no son eficaces para realizar íntegramente todos los principios contenidos en sus respectivas legislaciones. Pero éstas son la guía para mejorarlos y amplificarlos.

El Código propuesto vendría a ser la guía general en la Comunidad latinoamericana, y esa unificación de principios sería una gran conquista dentro de los ideales contemporáneos de solidaridad internacional.

II

ARTICULADÓ DEL CODIGO

1. LA MENOR EDAD

1. El Estado debe proteger a los individuos que por su edad no han alcanzado el completo desarrollo psíquico que les permita valerse por si mismos.

2. Según la antropología, esa edad fluctúa alrededor de los veinte años.

2. LA PREVENCIÓN

1. Todo menor que se hallare en situación irregular, esto es, abandonado o en peligro moral o material, debe ser protegido por el Estado, a fin de evitar que llegue a ser inducido a la delincuencia.

2. Para ese efecto debe existir un servicio especial de Protección de Menores.

3. CLASIFICACIÓN

1. La denominación "delincuentes" no debe emplearse para los menores que cometen actos sancionados por leyes penales, sino la de "infractores".

2. Los infractores pueden ser ocasionales y habituales.

Son ocasionales los que incurren accidentalmente en infracciones penales.

Son habituales los que han adquirido el hábito de cometerlas.

3. Los infractores no deben ser clasificados según la naturaleza del hecho cometido.

4. RESPONSABILIDAD

1. Los menores deben ser siempre penalmente irresponsables, sin perjuicio de las medidas de asistencia o de readaptación que puedan aplicarse en su favor.

2. En consecuencia, debe abolirse la cuestión del discernimiento, que sólo tiene aplicación en los sistemas punitivos.

5. TRIBUNALES ESPECIALES

1. Todos los menores infractores deben quedar bajo la exclusiva jurisdicción de Tribunales Especiales, constituidos por jueces instruidos psicológicamente en los problemas conductuales de la infancia y la adolescencia.

2. La misión de estos Tribunales consiste en investigar el caso del menor y su personalidad para aplicarle las medidas protectoras que correspondan.

3. En caso de haber Tribunales de segunda instancia, ellos deben ser también Especiales e independientes de la justicia común.

4. Los Tribunales Especiales deben tener amplias atribuciones para dictar todas las

medidas adecuadas en favor del menor y en contra de toda clase de personas, con suficiente imperio para hacer cumplir sus resoluciones.

5. Los miembros de los Tribunales Especiales de Menores deben gozar de la inamovilidad y demás garantías del Poder Judicial.

6. La internación de menores, por conducta irregular o delictuosa, en cualquiera clase de establecimientos, no debe ser decretada sino por los Tribunales Especiales de Menores.

7. La consideración del hecho cometido, leve o grave, no será motivo para que el menor sea juzgado por los Tribunales ordinarios.

8. Los Tribunales de Alzada no podrán modificar las resoluciones dictadas por el Tribunal de primera instancia, cuando ellas estuvieren de acuerdo con uno o más informes médicos o psicológicos sin contradicción.

6. MEDIDAS

1. Las medidas aplicables a toda clase de infractores no deben tener el carácter de sanciones penales, sino de medidas tutelares, re-educativas y de readaptación social.

2. Esas medidas pueden ser: la amonestación; la libertad vigilada; la colocación familiar; el ingreso a un establecimiento adecuado, de tipo familiar, educativo, profesional o disciplinario; y cualquiera otras medidas adecuadas, que reglamenten la vida y actividades del menor, destinadas a evitar un peligro u obtener un beneficio.

3. Para determinar la medida adoptable en cada caso, no debe atenderse a la consideración objetiva del hecho cometido, sino a la personalidad del menor y a la naturaleza del tratamiento necesario.

4. Las medidas que requieran la privación de libertad del menor, sólo deben ser aplicadas en caso de ser indispensables para su readaptación o para la defensa social.

5. Estas medidas no deben decretarse a plazo fijo, sino por tiempo indeterminado, y deben cesar tan pronto como parezca que se ha cumplido su objetivo, pudiendo en cualquier momento ser dejadas sin efecto o sustituidas por otras, en virtud de nuevos antecedentes.

6. Todos los menores que han cumplido una medida, especialmente de reclusión, deben ser vigilados y protegidos por el Servicio de Protección de Menores, cuando ello apareciere necesario.

7. Antes de resolver el caso, los Jueces de Menores podrán aplicar provisoriamente las medidas que estimaren adecuadas, y ordenar su inmediato cumplimiento, sin perjuicio de los recursos que la ley autorice contra ellas.

8. Los padres o guardadores del menor y cualquiera otra persona deben cooperar al cumplimiento de las medidas decretadas por el Tribunal, bajo sanciones eficaces.

7. APREHENSIÓN

1. La aprehensión de los menores, decretada por los Tribunales, debe cumplirse en lo posible por funcionarios auxiliares.

2. Cuando sea indispensable proceder con auxilio de la fuerza pública para evitar resistencia o fugas, se instruirá especialmente por el Tribunal a los agentes comisionados, en el sentido de proceder con el tino y precauciones necesarias para no causar violencias perjudiciales al menor, y se cumplirán siempre estas órdenes por agentes no uniformados.

3. En la aprehensión realizada por agentes policiales en lugares públicos, se evitarán las violencias innecesarias sobre el menor, y los vejámenes, como atarlo o colocarle esposas, y el traslado al sitio de detención o al Tribunal se hará lo más rápidamente y con la menor exhibición posibles.

8. DETENCIÓN

1. La detención del menor, mientras se estudia y resuelve su caso, cuando sea necesaria, se efectuará en establecimientos especiales, diversos de los destinados a los mayores, y no siendo ello posible, en departamentos especiales e independientes.

2. La investigación y juzgamiento se harán en el menor tiempo posible, después de lo

cual el menor será trasladado al sitio indicado por el juez.

3. Durante la detención los menores no serán objeto de tratamientos rigurosos ni deprimentes, propios de los regímenes carcelarios, sino inspirados en propósitos educativos, y podrán siempre ser visitados por sus familiares, de acuerdo con los Reglamentos.

4. Los establecimientos de detención son dependencias del respectivo Tribunal de Menores, al cual corresponderá dictar o autorizar los Reglamentos para su régimen interno; supervigilar su funcionamiento y expedir las órdenes necesarias para el mejor servicio en favor de los menores.

9. OBSERVACIÓN

1. Toda medida que suponga la privación de libertad de un menor, deberá adoptarse previa su observación, que comprenderá: el estudio de su situación social, su estado de salud, sus características psicológicas o psiquiátricas, y la investigación de las causas precisas o probables de su conducta.

2. Con el análisis de todos esos estudios el Tribunal adoptará la medida que juzgue adecuada.

3. El jefe que haya dirigido la observación informará al Tribunal, manifestando su opinión al respecto.

4. Todos estos informes serán practicados por profesionales especialistas.

5. Se practicarán nuevos informes del menor cada vez que el Tribunal lo ordene.

10. ESTABLECIMIENTOS

1. Debe disponerse de establecimientos adecuados para los diversos aspectos que comprende la readaptación de los menores, a saber: educación, enseñanza profesional, tratamientos médicos, físicos, psicológicos y otros.

2. El régimen interno de esos establecimientos debe ser siempre adecuado a su finalidad.

3. Los establecimientos especiales deben existir en número suficiente para satisfacer las necesidades de la población.

4. Los menores anormales serán siempre mantenidos en establecimientos especiales, y no siendo ello posible, en departamentos independientes de los mayores.

11. REFORMATARIOS

1. Los Reformatorios son establecimientos destinados a la reeducación de los menores que han adquirido el hábito de delinquir; o que, por sus características personales, revelen una peligrosidad incompatible con la vida libre.

2. En consecuencia, no debe recluirse en ellos a los menores que requieran simple

asistencia social, tratamientos educativos o de enseñanza profesional.

3. El régimen de todo Reformatorio debe comprender la vida familiar, la educación y la enseñanza profesional.

4. Todo tratamiento debe consultar las características individuales de cada menor.

5. La privación de libertad del menor en el Reformatorio, nunca debe privarlo de todo contacto con el ambiente social exterior.

6. Los menores que salgan accidentalmente del Reformatorio, lo háran sin uniformes que indiquen su procedencia.

12. CASTIGOS

1. En todo internado de menores deben abolirse los castigos físicos.

2. Los castigos para las faltas deben ser siempre sanciones educativas, que introduzcan en la conciencia del menor el principio de que la conducta irregular provoca siempre una consecuencia desagradable o penosa.

3. Los castigos no deben ser aplicados en forma inmediata por el personal inspectivo u otro subalterno del establecimiento, sino señalados por la máxima autoridad de él, y tratándose de faltas calificadas de graves, por el respectivo Tribunal de Menores.

13. PUBLICACIONES

1. Debe prohibirse, bajo sanciones severas y eficaces, toda información de delitos co-

metidos por menores de edad, hecha por la prensa, en diarios, revistas u otros impresos, mediante la radiodifusión o por cualquiera otra clase de medios.

2. Debe prohibirse igualmente, bajo la misma clase de sanciones, la publicación de fotografías de los menores que comparecen ante la justicia por motivos de conducta antisocial.

14. DIRECCIÓN CENTRAL

1. Todos los establecimientos públicos de reeducación deben pertenecer al organismo central que dirija los servicios de protección de menores, el cual dependerá del Ministerio de Educación.

2. Los establecimientos particulares de la misma índole funcionarán previa autorización de ese organismo, el cual dictará o autorizará los Reglamentos bajo los cuales deben regirse y supervigilará su funcionamiento.

INTRODUCCION

	Capítulo Primero	
El nuevo Derecho		15
	Capítulo II	
Derecho humano		19
	Capítulo III	
Derecho protector		21
	Capítulo IV	
Lo del discernimiento		27
	Capítulo V	
Derechos realistas		33
	Capítulo VI	
Derecho normativo		37
	Capítulo VII	
Derecho justo e igualitario		43
	Capítulo VIII	
No es Derecho lapidario		47
	Capítulo IX	
Derecho y conciencia		51
	Capítulo X	
Derecho con judicatura propia		57
	Capítulo XI	
La realización		61
	Capítulo XII	
Desagravio al Código Civil		67
	Capítulo XIII	
La libertad individual		71
	Capítulo XIV	
Consagración suprema		83

ÍNDICE DE MATERIAS

Capítulo XV**LOS DERECHOS DEL NIÑO**

1.	Vida prenatal	89
2.	El nacimiento	90
3.	La tuición materna	92
4.	La alimentación	93
5.	El vestuario	94
6.	La habitación	95
7.	La educación	96
8.	La salud	98
9.	La alegría	100
10.	El juego	101
11.	La vida familiar	103
12.	La personalidad	104
13.	Los derechos jurídico-sociales	105
14.	La defensa	108
15.	Beneficios de la civilización	109

Capítulo XVI**CODIGO PARA LA DELINCUENCIA
DE MENORES**

I.	Declaración de principios	111
II.	Articulado del Código	116
	1. La menor edad	116
	2. La prevención	116
	3. Clasificación	116
	4. Responsabilidad	117
	5. Tribunales especiales	117
	6. Medidas	118
	7. Aprehensión	120
	8. Detención	120
	9. Observación	121
	10. Establecimientos	122
	11. Reformatorios	122
	12. Castigos	123
	13. Publicaciones	123
	14. Dirección central	124