

Panamá, 31 de diciembre de 2001.

Licenciada

Delia Cedeño P.

Jueza Segunda de Niñez y Adolescencia
del Primer Circuito Judicial de Panamá.

E. S. D.

Señora Jueza:

Con agrado brindo mi parecer jurídico a su *consulta administrativa* contenida en la nota No. 282-JSdeN.A., de 15 de octubre del 2001. Esta consulta dice relación con la interpretación y aplicación del artículo 546 del Código de la Familia, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 546. El Juez de Menores¹ obligará a los padres, tutores o guardadores al pago de una pensión alimenticia a favor de los menores, cuando éstos sean colocados en hogares sustitutos o internados en establecimientos de custodia, protección o educación. En tales casos, las pensiones serán entregadas a las personas o instituciones a cuyo cargo se encuentren los menores."

Los hechos

1. Algunas autoridades administrativas con base en el artículo 546, han recomendado a los jueces y juezas de familia imponer pensiones alimenticias a favor de niños y adolescentes internos en los centros de custodia a ser administradas por los funcionarios del orden administrativo respectivo de los centros.
2. La propuesta se ha considerado porque el Ministerio de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia, responsable de los menores en custodia y organismo rector de la política de familia en Panamá, carece de medios económicos para garantizar con efectividad los gastos operativos de los centros.

Algunas situaciones prácticas que podrían surgir con la aplicación del artículo 546 del Código de la Familia serían:

- i) Las entidades gubernamentales, como el Ministerio de la Familia, tendrían que disponer de una organización administrativa para el manejo de estos fondos.

¹ A partir de la Ley 40 de 199, publicada en el Gaceta Oficial N°23,874 de 28 de agosto de 1999, se debe entender que el juez de menores pasa a llamarse juez de niñez y adolescencia.

- ii) Deberá establecerse una reglamentación para legitimar la solicitud de pensión con fundamento en el artículo 546.
- iii) Sería necesario integrar a los padres de familia del menor en custodia para garantizar el apoyo en este programa

Observación previa.

La presente opinión debe ser tenida como un análisis del problema sin pretender ofrece soluciones mágicas, pues, la problemática es tan compleja que no se puede limitar a una cuestión de Derecho. Involucra el estudio de la jurisprudencia nacional al respecto y hasta podría sugerirse una reforma legislativa y por supuesto, la visión de los propios magistrados del Tribunal Superior de Menores y Adolescentes.

1. La razón que justifica los fines y cometidos protectores de la niñez y la adolescencia en Panamá.

Algunas reflexiones sobre las garantías y derechos de los niños.

El desarrollo saludable de los niños es fundamental para el bienestar futuro de cualquier sociedad. Esto involucra que Panamá responda a las necesidades de los niños en las situaciones de emergencia, especialmente con una perspectiva a largo plazo que procure combatir la "emergencia silenciosas" —como la enfermedad, la desnutrición y la pobreza— que amenazan el futuro de los niños y las sociedades en todo mundo, sin dejar de tomar en cuenta los niveles de seguridad ciudadanas, en ocasión del delito juvenil.

Los niños comienzan sus vidas como seres completamente dependientes. Los niños dependen de los adultos para su crianza y para recibir la orientación necesaria a fin de crecer y obtener su independencia; son normalmente los adultos de las familias de los niños quienes se encargan de esta crianza, **pero cuando las personas responsables primordialmente de la atención no pueden satisfacer las necesidades de los niños, es la sociedad quien tiene que cumplir la misión.** Debido a que se encuentran todavía en un proceso de desarrollo, los niños son especialmente vulnerables —más que los adultos— a las condiciones inadecuadas de vida como la pobreza, la atención deficiente de la salud, la nutrición, el agua potable, la vivienda y la contaminación del medio ambiente, y estas condiciones ponen en peligro a su vez el desarrollo físico, mental y emocional de los niños.

Las medidas —o falta de medidas— de los gobiernos tienen mayores repercusiones sobre los niños que sobre cualquier otro grupo de la sociedad. Prácticamente todas las esferas de política de los gobiernos (por ejemplo la educación, la salud pública, justicia juvenil, etc.) afecta de algún modo a los niños y niñas, ya sea directa o indirectamente. Por esto si las medidas en el plano de cuidado y especial protección a los adolescentes confinados en los centros de custodia, en Panamá, no se puede dejar de cumplir efectiva y eficientemente esta obligación y deber público, pues de lo contrario se estaría amenazando el futuro de esas personas. Un planteamiento tan corto de vista tiene repercusiones negativas sobre el futuro de todos los miembros de la sociedad.

Muchos cambios que se producen la sociedad tienen una repercusión desproporcionada —y a menudo negativa— sobre los niños. Los cambios en la adecuación de la sociedad a los efectos de la transformación de la estructura familiar, la mundialización, el cambio en los modelos de empleo y la reducción de la red de bienestar social en muchos países; son más difíciles para los niños, niñas y adolescentes. Y es que los niños, niñas y adolescentes son

barómetros muy sensibles ante los cambios sociales y económicos y las repercusiones de estos cambios pueden ser particularmente devastadoras en las situaciones de conflicto armado y de otras emergencias.

Los costos para una sociedad incapaz de atender adecuadamente a sus niños son enormes. La adopción de investigaciones y diagnósticos sobre el estado de las garantías y derechos de los niños y niñas son indicativos de la seriedad y verdadera voluntad institucional de dar soluciones a los problemas. Además, estos estudios influyen de manera notable en el rumbo futuro de su desarrollo, de allí su importancia.

Contenido de las Convenciones relativas al tratamiento de los niños y adolescentes privados de su libertad.

Las Convenciones sobre "las reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores" mejor conocida como "las reglas de Beijing", y "las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad" reconoce la gama de derechos humanos —derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales— de todos los niños y las niñas. Estos valores fundamentales —o "principios rectores"— de la Ley y las Convenciones sirven para orientar la forma en que se cumplen y se respetan cada uno de los derechos y sirven de punto de referencia constante para la aplicación y verificación de los derechos de los niños. Panamá lo incorporó a su legislación mediante la Ley 40 de 26 de agosto de 1999, contentiva del "Régimen Especial de responsabilidad Penal para la Adolescencia.

Como se ha visto, es deber del Estado, custodiar al joven en los llamados centros de custodia, asegurando su alimentación, vestido, salud y estado físico y mental.

¿Qué significa que la interpretación del derecho de los niños y niñas involucre el favorecer "su interés superior"?

El termino "interés superior del menor", es de reciente creación, y en verdad aún esta siendo elaborado por la doctrina y la jurisprudencia. El origen esta dado por la Convención de los Derechos del Niño la cual da origen a la aplicación de un nuevo derecho, el Derecho de la Infancia, que es la materia que nos ocupa.

La Convención ha sido receptada en nuestra legislación, como se ha visto, a través de la Ley 15 de 1990 y el Código de la Familia. En este último se afirma en el artículo 2 "*los jueces y autoridades administrativas, al conocer de los asuntos familiares, concederán preferencia al interés superior del menor*". Es decir que en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se le debe dispensar una consideración primordial a que se atienda "el interés superior del niño".

Para algunos autores la denominación "interés superior del menor" aparece por primera vez en el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1980 (best interest of the children). El autor D'Antonio expresa que **se trata de un "standard jurídico"** es decir un "límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutiva y ceñida a las contingencias particulares", su naturaleza jurídica es la de un "principio o regla aplicable", que en forma clara la define como "medida media de conducta social correcta".

Otro autor, Grosman señala que "es un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, y constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal "interés" en

concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso" luego explica que el mismo debe "constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño". En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño. Agrega que más allá de la subjetividad del término "interés superior del menor" este se presenta como "el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo". Por último a la hora de hacer valoraciones hay que asociar el "interés superior" con sus derechos fundamentales. Bidart Campos enseña que cuando la Convención habla de una consideración primordial hacia el "interés superior del niño", "descubrimos en esta pauta una orientación que no es un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en cuanto ámbito deba funcionar eficazmente: al legislar, al administrar, al juzgar y, a la vez, en el área de las relaciones entre particulares".

En todo caso, queda claro que este principio orienta la meta que se tiene en cuenta a la hora del dictado del fallo, o decidir un asunto de carácter administrativo o legislativo, en algunos la referencia a ello es inequívoca, en otros se trata de armonizar las acciones públicas con la de la Convención a fin de beneficiar el interés de los menores.

Así, el interés superior del menor es un principio general en materia de menores, en donde la norma legal debe aplicarse con sentido funcional; lo cual obliga a que el juez o funcionario administrativo, debe poseer un margen de discrecionalidad cuyo límite y justificación lo constituye el caso concreto a resolver del mejor modo posible para el bien del menor". "Las decisiones judiciales, cuando existen menores involucrados, deben consultar, primordialmente, su interés y estar inspiradas en lo que resulte más conveniente para su protección". El niño tiene derecho a una protección especial. Por ello, la tutela de sus derechos debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial y/o administrativa, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que ocurra en cada caso.

2. Diferencia y relación entre la "pensión de alimentos y el deber del Estado de cuidar y mantener la buena salud física y mental de los "jóvenes infractores".

La pensión de alimentos y el joven sometido a custodia por la realización de actos infractores.

Según se ha visto, en el artículo 55 Constitucional, el deber de alimentación es en primera instancia de los padres y familiar que tienen ese deber legal. En este sentido la obligación alimentaria pesa tanto sobre el padre como sobre la madre. Y comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos de enfermedad. En este sentido la prestación comprende no sólo la satisfacción de las necesidades vinculadas a la subsistencia sino también, las más urgentes de índole material (vestido, asistencia, etc.) y las de orden moral y cultural indispensable, de acuerdo con la posición económica y social del alimentario. La cuota se fijará para atender a los gastos ordinarios (o sea los de carácter permanente) que necesitan el periódico aporte del alimentante. Pero también podrá fijarse cuota especial para atender a gastos extraordinarios (ej.: asistencia médica).

No obstante ello, para el caso específico de que los jóvenes en custodia y guarda, ello no puede significar que el Estado se puede desprender de ese deber de alimentación. Muy por el contrario, si bien la obligación alimentaria (vista como responsabilidad entre familiares cercanos) y el deber institucional de guarda y custodia penitenciarias, no son excluyentes entre sí; tampoco

puede afirmarse que uno sea condicionante del otro. Específicamente, la obligación alimentaria no es la condición necesaria para que el estado tenga el deber de alimentar y cuidar el bienestar físico y mental de los adolescentes sometido al sistema penitenciario juvenil.

De considerar que la administración deba esperar a que los tribunales fallen a favor del joven sometido a su custodia penitenciaria, una pensión de alimentos, para luego disponerse a cumplir eficiente y regularmente con su deber de custodia y seguridad de la integridad del joven, sería tanto como renegar de un deber legal, sobre la base de presuntas precariedades económicas.

Si bien, siendo realistas, hay que aceptar que los centros de custodia de estos jóvenes, necesitan más ingresos para poder cumplir eficientemente con sus importantes tareas, no se puede llegar al extremo de afirmar que los padres de los adolescentes son los que deben, por medio de sus pagos puntuales de las pensiones de alimentos, sufragar el gasto de funcionamiento de estos centros.

Es precisamente previéndose estas situaciones que la Ley 40 de 1999, en su artículo 5 establece que *"no podrá argumentarse la insuficiencia de recursos humanos o financieros para desproteger, abusar o violentar en forma alguna los derechos de la niñez y la adolescencia"*.

Además, las acciones públicas de carácter social, como estas, no están condicionadas al financiamiento privado. Amén de que en la mayoría de los casos, los padres o parientes que podrían ser sujeto de la obligación de pensión de alimentos, les faltan los medios para alimentar al resto de su familia, y en otros casos esos jóvenes provienen de hogares desintegrados, en donde la noción de familia es un sueño o una cara ilusión.

Conclusión

De acuerdo con este análisis, la administración no está legitimada para exigir la pensión de alimentos, y aún menos, para negar su deber legal de alimentar a los jóvenes internados en los centros de custodia. Ahora bien, no es menos cierto que el padre conserva el deber y obligación jurídica de proveer a su hijo de los alimentos, aunque los jóvenes se encuentren en establecimientos de corrección juvenil, pues el artículo examinado es programático y no ha sido reglamentado.

Esto es así, habida cuenta de que los caracteres del derecho alimentario, se caracterizan por el derecho a recibir alimentos y la obligación de prestarlos, **derivada de una relación alimentaria legal**, pues, su fin es la satisfacción de necesidades personales de quien lo requiere.

En el ordenamiento jurídico este tema tiene a su favor un importante principio de interpretación del derecho cual es, el de el interés superior del menor. En este orden de ideas, para interpretar debidamente las normas aplicables a este caso, hemos tenido que tener presente el principio del interés superior del menor, y por ello, llegamos a la conclusión que el interés superior contemplaría 2 aspectos uno por parte del Estado a fin de proveer los medios necesarios para el desarrollo pleno de la niñez, dotando al Ministerio de la Familia, de los recursos presupuestarios necesarios a fin de que los niños, niñas y adolescentes sean "sujetos prevalente de derechos" y no como objetos de un sistema jurídico pensado solo en la exclusiva finalidad del interés de la administración.

En este sentido y para el caso concreto, el interés superior del niño se debe plantear como un standard jurídico a tener en cuenta a la hora de direccionar los medios económicos que requieran los centros de custodia.

Por todo lo antedicho le contesto concretamente que si bien el artículo 546 del Código de la Familia es aplicable a los progenitores de los adolescentes, la obligación de efectuar el pago de pensiones de alimentos cuando los mismos se encuentren sujetos a investigación, y durante su fase investigativa, no es ni debe ser visto como condición para que el Estado eluda su deber de custodia y cuidado de esos jóvenes, Pues, por mandato constitucional y humanitario, tiene la obligación de cumplir su rol de proteger a la infancia y adolescencia.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho y recordándole la advertencia preliminar, quedo de usted,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/15/hf.