

5 de julio de 1996,

Señor
Darío Fernández Jaén
Gobernador de la Provincia de Coclé
Penonomé, Provincia de Coclé.

Señor Gobernador:

Con agrado e interés le externamos nuestras opiniones y consideraciones jurídicas en relación a su nota DALGC-247, fechada 23 de mayo de 1996, y por medio del cual nos solicita nuestro parecer en relación al Proyecto de Decreto Provincial Nº.4 del presente año. Es de resaltar que esta nota fue recibida en esta Procuraduría el día 28 de mayo de 1996, vía Fax.

Dado que, nuestro dictamen u opinión jurídica se referirá a una temática o materia sumamente importante: El ejercicio del poder de policía de la Gobernación respecto de la libertad ambulatoria de los menores; haremos un estudio lo más detallado posible. Es decir, comentando los artículos propuestos en el referido Decreto.

No escapa a las consideraciones de la Procuraduría de la Administración, que la reglamentación es una actividad necesaria, por no decir fundamental, en una época de la vida del país en la cual la delincuencia ha adquirido, en algunas áreas (sobre todos las citadinas), proporciones nunca antes vistas y está produciendo enormes daños materiales y una descomposición moral, la que a su vez esta propiciando la disolución de vínculos de la vida nacional.

POR ESTO, A NO DUDAR, ES LOABLE TODO LO QUE SE HAGA TENDIENTE A ACABAR CON LA ACCIÓN DE LA DELINCUENCIA, PERO TODA MEDIDA QUE SE TOME SOBRE LOS DERECHOS Y LIBERTADES CIUDADANAS, DEBE ESTAR ENMARCADA DENTRO DE LOS PRECEPTOS DE LA CARTA FUNDAMENTAL Y LAS LEYES. Por esta razón, nos permitimos señalar lo siguiente:

ARTICULOS 1º Y 2º:

"ARTÍCULO 1: Se prohíbe la presencia de todo menor de (sic) las 10:00 de la noche sin la compañía de un mayor de edad que así lo compruebe". (Subrayamos)

"ARTÍCULO 2: El menor de edad sorprendido después de las 10:00 de la noche será conducido por las unidades de la Policía de Menores o en su defecto, la Policía Nacional y puesto a órdenes del Juzgado Seccional de Menores de Coclé".

Es en relación a estos dos primeros artículos, en donde resaltaremos nuestro parecer jurídico. Esto en tanto que, somos de la opinión que un estudio detenido de ellos nos aconseja su revocación por tener visos razonables de ilegalidad y sobre todo de inconstitucionalidad.

Ciertamente, la materia que regulan estos dos articulados reviste vital importancia, habida cuenta que nuestro país se apresta a entronizarse en la comunidad de Estados con un sistema jurídico en función al respeto de las garantías y derechos ciudadanos. En este sentido, creemos que los temas que debemos revisar, respecto de estos dos artículos son los siguientes:

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL APLICABLE.

De la lectura de estos dos primeros artículos inferimos, por un lado que, la sola circunstancia o situación de no haber cumplido la mayoría de edad, es causal suficiente, para el Decreto, de producir una falta de tipo administrativo. Y por otro lado, esta falta acarrea la posibilidad de que el menor sea detenido y conducido por las autoridades, a un lugar distinto a su hogar.

Desde nuestro punto de vista, estas dos situaciones, involucran una limitación a la libertad de tránsito e igualmente, una restricción a la libertad personal ambulatoria. O sea, por esto, primero, se le prohíbe a los menores transitar libremente por la Provincia, y segundo, se le puede llegar a detener o privar de su libertad personal.

En nuestro ordenamiento jurídico, estas dos libertades están resguardadas por la propia Constitución Nacional y además por la Ley formal. Iniciémosnos con el estudio de la garantía constitucional.

En nuestra Constitución Política, la libertad de tránsito está planteada en el artículo 27, en el que se dice:

"Artículo 27. Toda persona puede transitar libremente por el territorio nacional y cambiar de domicilio y de residencia sin más limitaciones que las que impongan las leyes o reglamentos de tránsito, fiscales, de salubridad y de inmigración". (el negreado es nuestro)

6 A simple vista, es fácil ver que esta garantía está dispuesta para todo sujeto de derecho, es decir, con prescindencia de su edad.

¿Porqué la libertad ambulatoria tiene mayor importancia para los menores?

Desde un punto de vista psicológico, el niño comprendido en el período escolar o años intermedios de la niñez va de los 7 a los 12 años. Desde lo visual, él estaría adquiriendo una moral autónoma o de cooperación basada en una relación de respeto mutuo con los adultos.

En el aspecto social tenemos que, su mundo se amplía notablemente; en este período va a ser valiosísimo la pertenencia a su grupo. El grupo le permitirá irse independizando de su familia, adquiriendo más confianza y seguridad en sí mismo. El rol que juegue (el ámbito social) en él, tendrá gran efecto del concepto que se forme de sí mismo el niño.

Pese a la relevancia que tiene el ámbito social, el niño aún depende de su familia, por lo que son importantísimos la estabilidad, seguridad y afectos que los padres le pueden proporcionar.

En el período de la adolescencia: que va desde los 12 a los 18 años, que algunos autores denominan como un período de tensión y de lucha; en el joven se produce una crisis de identidad versus una confusión de sus roles, aquí el joven busca en forma activa una identidad propia, una definición de sus valores propios. Igualmente, es el período de la elección de una profesión el cual, significa que el joven ya está en capacidad de formular hipótesis frente a determinadas situaciones o problemas futuros.

Este período es de sumo cuidado, en lo referente a lo social, en tanto que, existe una desvalorización de los adultos; el joven se siente más auténtico, con más ideales que los adultos.

Generalmente, en este período se vive con mucho conflicto con los padres, a quienes ha desvalorizado.

Sabiendo que la garantía constitucional tratada ampara tanto a los mayores de edad como a los menores, ello daría por preguntarse ¿por qué ella aparece como importante en el caso de los menores?

Según el Profesor Alemán HORST SCHULER- SPRINGORUM, "para un menor, la libertad como movimiento físico-corporal es algo tan vital o importante, como para los viejos mantenerse en el recuerdo. Los adultos sobrellevan mejor la poca o nula libertad ambulatoria, porque ya saben cuanto tarda un año en transcurrir. Para un menor, la vivencia de estar detenido alcanza

característica de eternidad, o de otro modo, si las relaciones personales, la experiencia con el medio ambiente y la interrelación con otros son verdaderamente condiciones decisivas para un adecuado desarrollo, un sólo día, o una sola hora, con libertad ofrece más para ellos, que lo que pueden suplir cuatro meses u ocho años tras las rejas"

En consecuencia, y dada la fundamental razón psicológica involucrada en el valor libertad, para los menores, es de suyo concluir que ella tiene fundamental relevancia para su desarrollo psíquico emocional; y en consecuencia el derecho tuitivo de menores debe estar en la búsqueda y el mantenimiento concreto y específico de este estado natural del niño.

Límites a la Libertad Ambulatoria.

Se ha dicho que el ejercicio de la libertad ambulatoria, no puede ser ilimitado, so pena de que el interés particular prime en desmedro del interés colectivo. Es muy respetable la tendencia individualista que informa esa amplitud de derechos y libertades en la disposición constitucional arriba transcrita; sin embargo, el Derecho Público o colectivo, no lo es menos, o lo es mejor o lo es más; esto significa que la tendencia que olvide que la sociedad, como valor colectivo, tiene el derecho de preferencia, cuando exista un antagonismo entre el interés personal y el colectivo está condenada al fracaso..

En otros términos, la admisión del derecho ilimitado de tránsito, importaría una concepción antisocial. Esto habida cuenta de que en la Constitución Nacional se consagran límites o restricciones a ella, tendientes a hacerla compatible con los derechos y libertades que corresponda reconocer a la comunidad

El Poder de Policía como limitante de la libertad ambulatoria.

Las autoridades administrativas, que son las llamadas a resguardar el orden público, serían entonces competentes para que pudieran limitar la libertad ambulatoria. Pero, con resguardo o amparándose en una disposición legal concreta. Esto significa que las autoridades de policía, no pueden limitar las garantías individuales sin tener como escudo una expresa disposición legal que así se lo ordene o lo permita.

Ciertamente de la lectura del artículo 858 del Código Administrativo, se desprende la competencia legisladora de los Jefes de Policía. Veamos:

"Artículo 858. Pueden dictar disposiciones entre Policía General, la Asamblea Nacional y el Presidente de la República; sobre Policía especial, cuya base establece la Ley, los Consejos (sic) Municipales, por

medio de acuerdos, y los Gobernadores y Alcaldes por medio de los reglamentos que dicten para la ejecución de las Leyes y acuerdos". (el negreado y el subrayado son nuestras)

Es de tener presente que, la Policía Especial, según el artículo 857 del Código Administrativo, "comprenden las disposiciones relativas a determinadas poblaciones".

Concluamos pues en este sentido, que, las autoridades de policía sí pudieran limitar la libertad ambulatoria. Pero, ¿El poder de Policía tiene algún límite en esta reglamentación?

Límites del Poder de Policía.

Como se ha visto en el artículo 858 y se desprende también del artículo 18 de la Constitución Nacional, el poder reglamentario de Policía Especial del Gobernador no puede gravitar fuera de la Constitución Nacional. Esto, en palabras de la Corte Suprema de la Nación Argentina, se pudiera expresar así: "cabe insistir en que la transgresión constitucional, fuera de claramente indebida, agrava los males que se procuran extirpar o disminuir, porque fuera de la Constitución no es dable esperar sino el caos y la arbitrariedad" (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina Causa: White de Torrent, María E.E.C. VS. Gemman C. Viuda de Decápito).

Conclusiones a los límites de Poder de Policía.

A modo de una reivindicación conceptual, podemos concluir que el fundamento y la razón del poder de policía: como facultad de poder limitar los derechos consagrados en la Constitución Política; se halla en el aforismo latino "SIC UTERE TUO UT ALIENUM NOM VAEDAS" o sea, usa lo tuyo de manera que no dañes a otro.

Luego, es una exigencia de toda facultad de policía que las limitaciones a las libertades ambulatorias se encuentren previamente establecidas en la Ley y que además tienda a: 1 el auxilio del poder judicial para el descubrimiento y prevención del delito y del delincuente, 2 la prevención de actividades dañosas o de salud pública, y 3 mantener el orden público.

LA DETENCIÓN PREVENTIVA DE NIÑOS O ADOLESCENTES.

Otra de las aristas que llaman poderosamente la atención del Decreto en cuestión es que, el segundo artículo se refiere al tema de la detención de la persona del menor.

En efecto, esta conducta permitida por el Decreto IN EXAMINE, desde nuestro punto de vista no encuentra asidero alguno en las normas procesales, frente a la garantía constitucional

contenido en el artículo 21 de la Constitución Nacional. Veamos:

"Artículo 21. Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento estricto de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él, al interesado, si la pidiera.

El delincuente sorprendido *in fraganti* puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad.

Nadie puede ser detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto, tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley.

No hay prisión, detención o arresto por deudas u obligaciones puramente civiles".

Y es que, la detención provisional de cualquier persona no es un mero acto procedimental de impulso judicial; sino que es una concreta medida de coerción personal que por ello, debe estar autorizada por la Ley formal, cuando ocurran determinados requisitos objetivos y subjetivos precisados igualmente en la Ley, con la finalidad exclusiva de garantizar los resultados del proceso penal.

Esta es una cuestión que reviste una importancia institucional suma, pues se trata de determinar si el Poder Ejecutivo puede crear validamente restricciones a la libertad.

En el caso en estudio, tendríamos que recordar que, el Decreto de la Gobernación de Coclé, ciertamente, da la posibilidad de detener al menor de edad y conducirlo a un lugar distinto a su hogar.

En este sentido, la jurisprudencia nacional ha tenido ocasión de censurar los Decretos o Actos policivos que limitan la libertad ambulatoria de los panameños, y Actos que imponen sanciones pecuniarias convertible en arresto que surgen en ocasión de la limitación de la libertad ambulatoria. Veamos:

Jurisprudencia Nacional.

En relación a la imposición de sanciones pecuniarias

convertibles en arresto.

En ocasión de la Acción de Inconstitucionalidad planteada por el Lic. Dagoberto Franco en contra del Decreto Alcaldicio NQ.2 de 7 de febrero de 1994, expedido por el entonces Alcalde del Distrito de San Miguelito, Doctor JOHN HOGER; La Corte Plenaria, se refirió específicamente al Artículo Tercero de ese Decreto Alcaldicio, por censurar, por vía de la declaratoria de Inconstitucionalidad de ese artículo y su párrafo. correspondientes razones.

Esa Alta Corporación de Justicia dejó derogada a la luz del Art. 31 de la Constitución Política, la facultad de penar los hechos no declarando punibles por la ley.

No obstante esto, la Corte esta anuente, y en esto llamó la atención, que de conformidad con el Código Administrativo, el Alcalde como Jefe de Policía, puede imponer normas, pero que ellas (las sanciones) deben estar previstas en este Código. (ver art. 1734). 1132).

En este llamado de atención es importante ver que aunque las autoridades de policía pueden imponer sanciones, ellas, (las sanciones y los hechos llamados faltas administrativas), deben estar previstas en la ley o en ese Código Administrativo.

En este Fallo de inconstitucionalidad de 12/V/95 se dijo:

"Ciertamente, como apunta la opinión de la vista emanada de la Procuraduría de la Administración, la Ley 55 de 10 de julio de 1973, "por la cual se regula la Administración, Fiscalización y cobro de varios tributos municipales", en el inciso final del artículo primero, atribuye a los Alcaldes Municipales la facultad de "fijar los horarios que regirán en los establecimiento de venta al por menor de bebidas alcohólicas" siendo que con base en esa facultad establecida por Ley y por razones de moralidad y salud pública la primera autoridad del Distrito de San Miguelito expidió el acusado Decreto alcaldicio NQ2 de 7 de febrero de 1994, por medio del cual se regula el horario para el expendio de bebidas alcohólicas en Bodegas, Cantinas, Bares y Similares en dicho Distrito Municipal.

Sin embargo, salta a la vista que el alcalde de San Miguelito en la indicada facultad legal, al expedir el tantas veces aludido Decreto Alcaldicio, objeto de la

impugnación constitucional, se excedió en el Artículo "Tercero y Párrafo" al establecer como lo hizo delito y sanciones en violaciones del artículo 31 la (sic) Constitución Nacional.

En efecto, de la lectura del contenido del acusado artículo "Tercero y Párrafo" se advierte sin la menor duda, que la primera autoridad de policía de San Miguelito, establece (sic) sanción de multa convertible en arresto y cancelación de una Licencia comercial "por vender bebidas alcohólicas", SIN TENER FACULTAD PARA ELLO. De esta manera resulta evidente la violación de la garantía procesal constitucional consagrada por el artículo 31 de la Carta Política que, como es bien sabido, dispone que sólo serán penados los hechos declarados punibles por "Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al caso imputable". Es decir, corresponde a la Ley prescribir delitos y establecer sanciones.

No obstante lo anterior, resulta conveniente señalar que de conformidad con las normas del Código Administrativo de la República, el Alcalde como la primera autoridad de policía del distrito, tienen facultad para imponer las sanciones previstas en dicho artículo, a las personas que infrinjan las prohibiciones de expendio de bebidas alcohólicas conforme a lo previsto por el artículo 1734 ibídem".

En relación al poder de policía en función a la prevención de delitos y la libertad ambulatoria, por vía del Fallo de inconstitucionalidad de 25 de enero de 1995, nuevamente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció respecto de una Acción de Inconstitucionalidad que planteara el Licenciado Dagoberto Franco.

En esta ocasión, el demandante propuso la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto Alcaldicio NQ8 del 14 de abril de 1994. En su parte resolutive, el Fallo sentenció lo siguiente:

"Esta Corporación Judicial, no pierde de vista la necesidad de adoptar las estrategias de prevención del delito como elementos esenciales de una Política Criminal estatal que urge a la determinación de prioridades para la prevención de la delincuencia de zonas urbanas, especialmente

en áreas detectadas como criminógenas por la incidencia de factores sociales y económicos que generan "territorios del crimen organizado". San Miguelito especial con una densa demografía heterogénea, golpeada por la ausencia de fuentes de trabajo y de ingresos, que propicia la desviación de las conductas de los asociados.

En el presente caso, la Corte considera que del examen del caso surge de inmediato que la razón fundamental de la divergencia se encuentra no en la totalidad del Decreto alcaldicio, sino en el artículo segundo del Decreto acusado de inconstitucionalidad, que dice lo siguiente:

"Cualquier persona que sea localizada en las calles de San Miguelito sin la debida identificación y que no pueda justificar su permanencia en el lugar, deberá conducida (sic) a la Estación de Policía más próxima, para ser puesto (sic) a órdenes de la autoridad competente".

Vemos que el mencionado artículo segundo del Decreto Alcaldicio establece tres requisitos para que una persona sea "conducida" a la Estación de Policía, para ser "puesta a órdenes de la Autoridad Competente": 1) Que se encuentre en las calles de San Miguelito. 2) Que no tenga la debida identificación y 3) Que no pueda justificar su presencia en lugar.

Lo primero que tenemos que resolver es, si los motivos que se expresan en dicho Decreto Alcaldicio tienen justificación legal y constitucional, para llevar (conducir) a una persona a la Estación de Policía y ponerla a órdenes de la autoridad competente. Encontrarse en las calles de cualquier lugar no es un delito ni una falta, a pesar de que en las calles exista un alto índice de criminalidad, que un problema que está afectando a todo el país y la mundo en general.

No tener una persona la debida identificación es que no porte su cédula de identidad personal. En el caso que esto

ocurra, el artículo 28 de la Ley 108 de 8 de octubre de 1973, establece que dicha persona deberá pagar una multa de un balboa (B/.1.00) a cinco balboas (B/.5.00). ¿Se justificaría que una persona sea conducida a la Policía y puesta a órdenes de la Autoridad competente, en este caso (Corregidor) o el Tribunal Electoral, según la norma citada, por una falta administrativa de esta naturaleza? Consideramos que no. Que lo correcto sería darle a la persona una boleta para comparecer a los despachos citados a fin de que se (sic) le diga y decida el funcionario competente. Es que el peligro que se corre con estas medidas es que las personas puedan pasar mucho tiempo en la situación de "conducidas" y sin embargo, permanecen privadas de su libertad en forma indefinida, con grave violación de su libertad personal. Además, se puede ser un delincuente y portar cédula y se puede ser un hombre honesto y no portarla, y sin embargo, el delincuente con cédula no tendría problemas y el honrado sin cédula sería "conducido" y puesto a órdenes de la autoridad competente.

Igualmente, todos los menores de edad correrían el riesgo de ser privados de su libertad, ya que no tienen derecho a cédula. Asimismo, el hecho de no portar cédula no puede ser un elemento que decide si una persona es honesta o deshonesto, ya que esto conllevaría una gran dosis de subjetividad de parte del agente que solicita el documento.

Estos mismos argumentos serían aplicables a los extranjeros legalmente residentes en el país que no porte su permiso de migración.

La Corte Considera que un Decreto así concebido se presta a abusos de la libertad de las persona, que por el sólo hecho no tener un documento de identificación, pueda ser "conducida" o llevada a la Estación de Policía y puesto (sic) a órdenes de la autoridad competente..."

Como se puede ver, en opinión del Fallo, el hecho de encontrarse en las calles de cualquier lugar, no es delito ni falta. Igualmente, se pregunta la Corte si se justifica que una

persona sea privada de su libertad ambulatoria por el solo hecho de no tener el documento de identidad personal. Y a esta pregunta la respuesta de la Corte Plenaria es radicalmente negativa: "...lo correcto sería darle a la persona una boleta para comparecer a los Despachos citados" (se refiere la Corte a las autoridades de policía o al Tribunal Electoral).

Otro elemento que llama poderosamente la atención del Fallo IN COMENTO, es que los Magistrados ya previeron la cuestión minoril que hoy día nos ocupa al señalar que, con medidas de policía como estas los menores de edad correrían el riesgo de ser privados de su libertad.

II. EL DERECHO LEGAL APLICABLE.

Ciertamente, en el caso específico del Derecho de Menores, independientemente del incumplimiento de la garantía constitucional, al cual ya hemos hecho referencia, deberíamos hacernos las siguientes preguntas:

1. ¿Está reconocido en el derecho familiar de Panamá, el in dubio pro minoris?

El Decreto en estudio, ha tomado como suya la tarea de desarrollar el numeral 9 del artículo 489 del Código de la Familia, en función de esto nos permitimos hacer algunas aclaraciones en relación a la potestad policiva en materia familiar y minoril.

De inicio debemos tener presente que, entre nosotros toda disposición legal o reglamentaria que tengan por contenido la materia familiar o minoril, debe ajustarse a lo establecido en el Código de la Familia, pues de lo contrario, pudiera estar involucrando una lesión al orden legal especial. Esto significa que en estas materias el Código de la Familia tiene preeminencia sobre cualesquiera otras normas. Esto en función a dos razones específicas:

- a) El Código de la Familia por ser Norma especial es derogatoria de toda disposición que le sea contraria, y
- b) En el Código de la Familia expresamente se establece la derogatoria de todas aquellas disposiciones regulatorias de la materia familiar o minoril.

Este concepto ha sido recientemente reafirmado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en ocasión de la Acción de Inconstitucionalidad que planteara la distinguida Licda. MARIBLANCA STAFF WILSON. Este pronunciamiento está fechado 23 de febrero de 1996 y en lo medular plantea lo siguiente:

"En efecto, mediante la Ley Nº.3 de 17 de marzo de 1994, la Asamblea Legislativa

adoptó el Código de la Familia Del Menor. El artículo 838 de ese cuerpo normativo dispuso claramente que a partir su (sic) vigencia, quedan derogadas todas las disposiciones legales referentes a la familia y a los menores, así como las demás leyes especiales que en esta materia sean contrarias o incompatibles con el presente Código. En el presente caso, no cabe duda alguna de que las dos normas impugnadas consagran materias relativas al derecho de familia, en la medida en que regulan relaciones entre marido y mujer y entre éstos y sus hijos".

Es de notar que ante la situación de los menores que se encuentran en circunstancias especialmente difíciles (ver título primero del libro segundo del Código de la Familia) y sobre todo, los menores en situación de riesgo social y los menores que cometen actos infractores, la respuesta del Estado puede ser de dos clases:

a.- Colocarse (el Estado) como una persona de referencia cercana al joven, en especial como madre o padre, actuando como si fuese ambos a la vez. En consecuencia, el Estado brinda ayuda. Esta ayuda es enrostrable en educación sustituta, amparo, etc. En fin en el vocablo alternativo de la lengua angloamericana, el Estado adopta la teoría del *parens-patrie*. Se trata de educar al joven, socializarlo, prestarle asistencia individual o social.

Lo destacable aquí es que el Estado se coloca en lugar de los padres. O sea, en defecto del ejercicio de la patria potestad. En esta relación simbólica el Estado suple el papel de los progenitores.

b.- Colocarse como instancia sancionadora en función a la protección del interés de la sociedad.

Nuestro país, a partir de la Constitución, y más recientemente de la promulgación del Código de la Familia, ha optado por la primera de las premisas o hipótesis: se ha colocado como *parens-patrie*, o sea, como padre celoso del interés superior del menor.

Esta visión teórica tiene importancia, en el caso en estudio, en tanto que explica la respuesta que da el Código de la Familia a el interrogante planteado y al problema social del menor en circunstancia especialmente difícil.

Concretamente, podemos responder a la pregunta de si el derecho panameño ha optado por la protección del menor, más que por su corrección; diciendo que, ciertamente, el Estado panameño no permite sacrificar el interés superior del menor bajo ninguna

circunstancia.

2. ¿El menor tiene realmente derecho a la garantía constitucional de la libertad ambulatoria?

El artículo 532 del Código de la Familia nos da una respuesta clara a esta interrogante, al decir que: "los menores de edad gozarán de las garantías individuales y procesales reconocidas por la Constitución de la República y la convención sobre los derechos del niño".

En relación a la Convención sobre los Derechos del Niño, que entre nosotros fue acogida por medio de la Ley Nº.15 de 6 de noviembre de 1990 (G.O. Nº.21,667, de 16 de noviembre de 1990); sabemos que está prohibido que "ningún niño sean privado de su libertad". En este sentido, vemos que en el artículo 37 de la mencionada Ley, específicamente se dice:

"Artículo 37. Los Estados partes velarán porque:

- a. ...
- b. Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la Ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y mediante;
- c. Todo niño privado de su libertad sea tratado con humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de la libertad, estará separado de los adultos, a menos que ellos se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- ...". (subrayamos).

Para terminar sobre este interrogante, contestemos categóricamente que, el menor si tiene derecho a la libertad ambulatoria; y que en esta materia, su derecho no está disminuido.

3.- ¿Puede detenersele al menor sin previa orden judicial?

La Constitución Política y la ley prohíben este tipo de actos. es más, en el caso de los menores, el artículo 533 del Código de la Familia, es claro al negar la posibilidad de captura o detención de los menores, sin previa orden judicial. Veamos:

"Artículo 533. Contra el menor de edad no podrá librarse orden de captura, sólo previa resolución judicial de orden de conducción a ejecutarse por medio de sus padres, tutores, guardadores, o por la policía de menores con apoyo de otras autoridades policivas, debiéndose cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 21 y 23 de la Constitución Nacional".

4. El internamiento o detención del menor ¿es la primera medida que se puede adoptar para "custodiar" el interés del menor?

De ninguna manera la detención y el internamiento, es la primera medida que puede tomarse en contra de los menores. Sino que, "esto procederá -según el artículo 542 del Estatuto Familiar- cuando el menor no puede ser entregado a sus padres, guardadores o familiares". (ver el artículo 542, relativo al menor en estado de peligro)

- 5.- ¿Cuándo una autoridad administrativa puede asumir la protección (custodia) de un menor?

Según el artículo 503 del Código de la familia, sólo se podrá retener al menor en un lugar distinto a su hogar por espacio no mayor de veinticuatro horas y bajo la exclusiva condición de que hayan fundados y razonados motivos para creer que el menor ha sido víctima de maltrato. Veamos:

"Artículo 503. Toda autoridad administrativa, el médico que tenga a un menor bajo tratamiento, o el funcionario a cargo de un hospital u otra institución de salud, podrá asumir la protección del menor cuando tenga motivos razonable para creer que ha sido víctima de maltrato. Esta retención no podrá exceder de veinticuatro (24) horas, a excepción de que por cualquier medio se produzca intervención del Juez de Menores, en cuyo caso se está a lo que éste disponga".

En este asunto también debe tomarse lo señalado en el artículo 37 de la Ley 15 de 1990, ya transcrito.

Lo expresado nos lleva a las siguientes conclusiones:

- 1.-
- 2.- La detención tiene que ser en función a evitar consecuencias posteriores más graves de las ya producidas por vía del maltrato recibido.

En síntesis, las autoridades administrativas, solamente pueden detener a un menor de edad en tanto que dicha detención sea para evitar que el niño maltratado sea mantenido en esa situación de maltrato, o en otras de mayor gravedad.

6.- ¿Quién puede actuar o practicar alguna forma de custodia del menor?

A la luz del artículo 547 del Estatuto Familiar (el Código) la autoridad con competencia para practicar la detención o custodia del menor lo es o sería el Juez de Menores, a solicitud de los padres, tutores o guardadores del menor. Veamos:

"Artículo 547. En los casos de menores en circunstancias especialmente difíciles, lo padres, tutores o guardadores podrán solicitar al Juez de Menores el ingreso de aquéllos en alguno de los establecimientos de custodia, protección, educación o resocialización. Le compete al juez de Menores, de oficio o a petición de los padres, pariente o representante, o su representante legal, previo el estudio integral del caso, acceder o denegar la petición formulada". (resaltamos)

7.- ¿Cómo se protege al menor antes del maltrato de la circunstancia especialmente difícil?

La ley minoril aconseja las siguientes soluciones y medidas de protección de los mejores, aunque no son las únicas.

1.- Para evitar la perpetración de los actos de maltrato del niño, el Juez de Menores, deberá ofrecer a la familia del menor "una adecuada terapia" y "rehabilitación de la familia" (ver el artículo 504) En esta materia, las autoridades de policía podrían dar a conocer al juez de menores, las situaciones de maltrato que conozcan o de la cuales hayan tenido noticia.

2.- El juez puede colocar al menor en una familia u hogar sustituto. O quizás, luego de los trámites de ley, darlo en adopción (ver el artículo 496).

3.- Si hay una situación de peligro en contra del menor, las autoridades de la administración deben poner al juez en conocimiento de ello, para que éste tome las medidas que estime pertinentes. (ver el artículo 502).

4.- Si el defensor del menor sabe, quizás por la comunicación de las autoridades administrativas, de las situaciones de malos tratos, o de riesgo para el menor, debe comunicárselo al Juez de Menores, para que este:

- a.- Imponga las medidas de responsabilidad a los padres,
- b.- Adopte la medida necesaria, pero "evitando, en lo posible, no separarlo (al menor) de su medio familiar".

ARTÍCULO 3.

Este artículo tercero del Proyecto de Decreto Provincial tiene el siguiente tenor:

"Artículo 3. Los padres o acudientes de los menores de edad que sean aprehendidos serán sancionados con multa de B/.100.00. La reincidencia será multada progresivamente".

Esta es otra de las normas contenidas en el Proyecto de Decreto, que creemos inconvenientes y contraproducentes, respecto de lo que se quiere: proteger al menor.

Estas objeciones las plantearemos en formas de interrogantes, para con ello ser quizás más claros.

1. ¿La administración puede calificar "a priori" la conducta de los menores, para calificarla como infractora?

Como hemos visto, la Administración calificó la simple conducta minoril de salir a la calle, luego de las diez de la noche, como falta administrativa.

En realidad, como se puede fácilmente ver aquí, lo que está en plano de discusión es si la Administración, por vía de sus facultades de policía, puede obligar al administrado menor de edad, sin tener derecho a la réplica, a pagar una sanción económica, y a la privación de su libertad.

Ciertamente, en el proyecto de Decreto "IN EXAMINE", SE VE QUE EL SÓLO EJERCICIO DE LA LIBERTAD AMBULATORIA DEL MENOR, en causal de sanción; lo cual significa, sin más que, la Administración, da por probada una imputación sin oír siquiera al administrado menor de edad. O sea, esa regulación ni siquiera permite la defensa previa del menor o su familiar, ya que automáticamente plantea la multa.

En el caso que nos ocupa, ya hemos señalado que, jurídicamente, toda persona está legitimada para transitar libremente por cualquier lugar del territorio nacional, y en cualquier hora; y en consecuencia, la sanción al no poder ser discutida en derecho deviene en ilegítimo por haberse dictado sin observar el principio de defensa contenido en el artículo 21 de la Constitución Nacional.

2.- ¿Quién puede sancionar con multa a los padres de familia por la conducta de su hijos?

En palabras del legislador, el funcionario encargado o competente para sancionar la conducta negligente de los padres, respecto a sus hijos, lo es el Juez de Menores. Veamos:

"Artículo 559. Podrán ser sancionados con amonestación, con arresto de uno (1) a sesenta (60), con multa de veinte (B/.20.00) a doscientos (B/.200.00) balboas y hasta con la suspensión provisional o definitiva de la patria potestad, según criterio del Juez, tanto el padre, la madre, el guardador o el representante legal de la institución a cuyo cargo esté el menor:

1. Cuando sea objeto de maltrato;
2. Cuando sea abandonado;
3. Cuando el menor no se le brinde, pudiéndose, las necesidades básicas a las que tiene derecho para su desarrollo integral, tales como educación, vivienda, alimentos y otros.
(Subrayamos y resaltamos).

3.- ¿Esta sanción económica es realmente proporcional al acto realizado por los menores?

Otro elemento discutible del acto consultado, lo es la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción económica impuesta a los padres o representantes de los menores, en la Provincia de Coclé.

En efecto, si el punto de partida es que el interés digno de proteger por el Decreto lo es "el interés superior del menor", no creemos que puede coexistir en ninguna medida, el monto tal elevado de la sanción con ese pretendido interés. Esto debido a que entre ambas finalidades hay un conflicto insalvable.

En un análisis de "balance" creemos que la Gobernación ha debido evaluar la razonabilidad de la medida económica; tomándose en cuenta los medios alternativos a dicha medida.

Desde nuestra perspectiva, se han debido tomar en cuenta, al momento de la definición de contenido de la sanción, los siguientes principios:

- a.- El principio de ponderación de los Resultados mediatos e inmediatos.

En este principio equitativo se agrupan una serie de ideas

6a favor de los administrados, de las cuales vale la pena resaltar las siguientes:

a.1.- Que la medida sancionadora sea necesaria, como última ratio, es decir, como último medio para lograr el fin querido por la Administración y los particulares. En otros términos, la sanción es el último de los pasos dados por el Ente Activo de la Administración, a fin de que se llegue a un fin público querido. Esto significa que la sanción ha debido ser antecedida por algunas otras medidas menos severas y restrictivas; y sólo si la conducta del administrado lo justifica.

a.2.- Que antes de la sanción se tenga perfecta y cabal cuenta de las implicaciones económicas, para el administrado.

a.3.- Que como consecuencia de lo anterior, la sanción sea mirada en función o arreglo a la riqueza de los sujetos de derecho a quienes se les va a aplicar. Es decir, que la sanción sea establecida con fundamento a la capacidad económica, o más exactamente a la ausencia de ella, de parte de los administrados. De esta línea de pensamiento derivan dos conceptos íntimamente relacionados entre sí y los cuales son:

a.3.1.- Que la sanción respete la capacidad económica de sus destinatarios, y

a.3.2.- Que exista cierta razonabilidad de los derechos o intereses defendidos por la sanción.

Estas consideraciones las planteamos por una razón evidente y simple: Nos parece que la sanción tiene un monto demasiado elevado respecto del común de los coclesanos. Es decir, la sanción no se ha establecido mirando el hecho de que los coclesanos, y los panameños en general, no son personas titulares de ciertas o grandes riquezas o bienes que le permitan hacerle frente a la multa.

Esto nos lleva a señalar que no se ha debido imponer un cuántum tan alto pues las personas que deben soportar dicho pago no se encuentra, en su gran mayoría, en el "status" económico social que les permita, sin sacrificar sus necesidades básicas, cancelarla. Esto significa que la magnitud del sacrificio que significa la privación de una parte de la escasa "riqueza" es muy alto.

Para concluir sobre este tema respondamos al interrogante de ¿cuando la sanción equivale a una cuántum insoportable? que lo será cuando equivalga, como en este caso, a una parte sustancial del patrimonio del obligado, del cual no puede desprenderse, sin descuidar sus otras obligaciones, como las alimenticias y de subsistencia de su familia.

3.- ¿Puede la sanción proteger el interés

superior del menor a la vez que limita gravemente la posibilidad de satisfacción de las necesidades básicas de la familia de ese menor?

Definitivamente que esta sanción, tan alta, pudiera limitar la posibilidad real de los padres o representantes legales del menor de satisfacer las necesidades de sus familias.

4.- ¿Qué sanción le cabría al funcionario que no trata con el debido respeto al menor?

Desde la visual del Código de la Familia, el funcionario que tratara de forma denigrante o humillante a la dignidad del menor, pudiera provocar su traslado o su destitución. Esto se desprende de lo establecido en el artículo 595 del premeccionado código, aquí se dice:

"Artículo 595.- Queda prohibido a la Policía de Menores, a aplicación de medidas coercitivas, denigrantes o humillantes a la dignidad humana.

Las autoridades de Policía, del Ministerio Público y de la Policía Técnica Judicial que incumplan con las disposiciones, además de ser sancionados con las disposiciones de su reglamento interno, podrán provocar su traslado o destitución, sin perjuicio de las sanciones penales o civiles correspondientes"

LOS DEMAS ARTICULOS DEL DECRETO No. 4

Entendemos que al situarse al funcionario administrativo de policía, en el doble papel de proteger el orden público, y al ciudadano; le resulta harto difícil asumir esa defensa de los derechos de los administrados.

Sin embargo es notable el esfuerzo empeñado por la Gobernación de Coclé en dotar a la comunidad minoril de esa Provincia, de un instrumento que además de eficiente en cuanto a su ejecutividad, le sirviera de escudo salvaguardia de la potencial situación de riesgo, que se cierne sobre la juventud. Por esto no tenemos ninguna objeción al resto de la reglamentación consultada.

CONCLUSIONES GENERALES

1.- En nuestra opinión no se tomó en cuenta lo ordenado en el artículo 891 del Código Administrativo en donde se prohíbe imponer algún tipo de sanción a la conducta o actuación de los niños menores de siete (7) años.

2.- Se descuidó el hecho cierto de que los menores de edad también tienen, según nuestro derecho positivo, derecho a la libertad ambulatoria.

3.- Esto es así dado que en Panamá se ha adoptado un sistema de garantías para "toda persona".

4.- La anterior conclusión se entiende mejor si tenemos muy presente que, "cada palabra de la Constitución Política debe tener su fuerza y significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y por ello, se piense que ese lenguaje constitucional es superfluo o sin sentido". En este sentido todos los funcionarios debemos tener claro que, **LÓS ARTÍCULOS 18, 21, 23, 27 Y 31 DEL ESTATUTO FUNDAMENTAL, SON VERDADEROS VALLADARES INSALVABLES FRENTE A NUESTRO PODER, Y MAS QUE NADA, FRENTE AL PODER INDETERMINADO E INESPECIFICO DE POLICIA DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.**

5.- Y es que nuestro gobierno es un gobierno de poderes limitados, y si bien el Código Administrativo, instituye el poder de policía, no olvidemos, a la vez, que la Constitución, proclama que la meta última o final del Estado sea la de asegurar los beneficios de la libertad.

6.- Este sistema de garantías trasciende la potestad sancionadora-policiva de la Administración. Esto significa que nuestro país ha optado por darle el puesto de honor a las libertades ciudadanas; lo cual se enrostra específicamente en que la sanción administrativa de carácter policivo, antes de su emisión ha debido mirar dos situaciones importantes a saber:

- a. Que tenga suficiente respaldo jurídico, y
- b. Que se funde en una situación de hecho concreto y del todo pernicioso o dañosa al interés público. Y no en una evaluación preliminar y en la que no se toma en cuenta la situación económica del o de los presuntos obligados.

7.- El hecho de que se detenga a los menores de edad y se les exhiba como culpables merecedores de castigo, alimenta el espíritu de venganza o de temor reverencia de los sujetos que han de ser los edificadores de la nueva sociedad panameña. Esto porque mirando a los niños estamos mirando al futuro y el perfil de nuevo tiempo.

8.- Con fundamento en lo anterior, se puede decir que el acto consultado se olvida de que **"CUANDO NO SE PUEDE DAR JUSTICIA AL MENOR, SE DEBERÍA, AL MENOS, CAUSARLE EL MENOR DAÑO POSIBLE, ACHICANDO LA DIMENSIÓN DE LOS DAÑOS Y PADECIMIENTOS"**

9.- En lo tocante a las libertades públicas o ciudadanas, obligan aún más a ver el poder de policía como lo que es o al

menos debe ser: una función pública más de la Administración. NO UNA FUNCIÓN INDEPENDIENTE, Y POR ELLO MAL PODRÍA HABLARSE DE UNA FUNCIÓN ATÍPICA CON FACULTADES AMPLIAS E INDETERMINADAS.

RECOMENDACIÓN

A pesar de estas conclusiones, no debemos dejar de aclarar un asunto de suyo importante: las autoridades de policía, no pueden dejar de actuar su actividad preventiva de las infracciones y actos en contra de los niños o adolescentes.

Ciertamente, las personas quieren ser protegidas contra los peligros, y esto en esencia les obliga a pedir ayuda y protección eficaz.

La gente lo que pide (tanto las víctimas como los amenazados) es que se cambie el estado actual de situaciones de criminalidad; y por esto, las autoridades de policía, sobre todo los Altos Funcionarios como usted, deben participar activamente de la búsqueda de soluciones al problema de inseguridad ciudadana.

En este sentido, usted bien puede tomar todas aquellas medidas que, sin reñir con las garantías ciudadanas, legal y constitucionalmente consagradas, considere indispensables para prevenir que los niños y adolescentes coclesanos sean sujetos activos y pasivos del problema delincencial.

Claro está, si la responsabilidad paterna de custodiar y velar por los niños, está evidentemente siendo cuestionada, en un caso concreto, que involucre una vía de hecho; usted bien puede adoptar las medidas de corrección mínimamente aceptables, para que la vía de hecho no agrave la situación de ese ciudadano panameño, menor de edad.

PROPUESTAS NORMATIVAS CONCRETAS

Con la finalidad de colaborar con su plausible iniciativa de dotar a su Provincia de un instrumento jurídico que vele por los intereses de los menores de 18 años; nos permitimos recomendarle los siguientes textos reglamentarios:

ARTICULO PRIMERO: A la persona que le ofrezca bebidas o sustancias embriagantes a un niño o joven o lo induzca al consumo de drogas, será sancionado, previo proceso administrativo, con multa de B/. 15.00.

ARTICULO SEGUNDO. Se insta a las empresas que realizan programas de recreación juvenil, que dichos programas no duren después de las diez (10) de la noche. De ser reiterada la no admisión de esta recomendación, se sancionará a tales personas con multa de B/. 25.00.

ARTICULO TERCERO: El empresario de espectáculos públicos que permita la entrada y permanencia de menores de edad, uniformados o no, a su establecimiento durante las horas de clase, será sancionado con multa de B/. 25.00.

ARTICULO CUARTO. Se le prohíbe a los libreros o comerciantes en papelería o materiales audiovisuales, vender libros, revistas, videocintas, discos compactos, etc, que contengan mensajes pornográficos. El que incumpla esta prohibición será sancionado con multa de B/. 25.00.

ARTICULO QUINTO. Se prohíbe exhibir y utilizar a niños y jóvenes como medio para explotar la caridad pública. El incumplimiento de esta prohibición conllevará una sanción de multa de B/. 25.00.

ARTICULO SEXTO. Están llamados a cooperar en el cumplimiento del presente Decreto los padres o tutores, maestros, profesores, Directores de Escuelas, empresarios, todas las autoridades administrativas y en especial la ciudadanía en general.

ARTICULO SEPTIMO. Se nombrará un Comité Provincial Ad-Honorem, compuesto por siete miembros, quienes tendrán voz y voto en la actualización del presente Decreto.

Sin otro particular, y reiterándole nuestra admiración por semejante esfuerzo reglamentario, atentamente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.