

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA DECLARATORIA DE ABANDONO Y LA EDAD DEL MENOR

LIC. ESTEBAN SOLER AIRA

Por mandato Constitucional la protección especial de la madre y del menor está a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado. Así, el Estado asume a través del PANI la misión de velar, educar, proteger y representar legalmente al menor de edad en estado de abandono; fin que debe inexorablemente cumplir a plenitud. Para ejecutarlo el PANI tiene la potestad de declarar administrativamente el abandono de los menores de edad, representarlos jurídicamente y disponer en forma provisional sobre su guarda y crianza (artículo 6 inciso f de su Ley Orgánica).

El depósito de menores de edad es uno de los principales instrumentos jurídicos con que el PANI cuenta para cumplir su función protectora de la infancia. Pero también es incuestionable que existe un ámbito privado de protección que está vinculado a la familia y que significa realmente la primera protección del menor: la patria potestad. La gran protagonista inicial de la protección del menor es la familia y su desarrollo se realiza en el ámbito familiar, siendo la vigilancia del recto cumplimiento de esas funciones labor subsidiaria del Estado en suplencia de la familia.

Al crearse el Patronato Nacional de la Infancia en el año 1930, no se había establecido en su ley constitutiva ninguna disposición relativa al depósito de menores. Esta posibilidad nació con la promulgación del Código de la Infancia en 1932, pero acudiendo a la vía judicial; fijándose los 15 años como edad máxima para que un menor pudiera considerarse en estado de abandono (véase artículo 15 del Código de la Infancia). Con lo dis-

puesto en el artículo 6 inciso f) de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia de 1964 fue entonces cuando se instituyó la posibilidad de depositar menores de edad administrativamente; refiriéndose a cualquier persona menor de 18 años de edad. Por consiguiente, existen dos formas legales de lograr el depósito de menores de edad: aplicando el Código de la Infancia (artículos 15-25) por la vía judicial y para menores cuya edad sea inferior a los 16 años, o aplicando la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia por la vía administrativa y para cualquier persona menor de 18 años de edad. En junio de 1985 entró en vigencia el "Reglamento para la Declaratoria de Estado de Abandono y Depósito de Menores de Edad", que regula todo lo relacionado con los procedimientos a seguir por parte del PANI en las declaratorias de estado de abandono y depósito de menores de edad a que se refiere el artículo 6 inciso f) de su Ley Orgánica.

Hay circunstancias del propio menor que lo excluyen en alguna forma de la protección Estatal; siendo la edad la primera de ellas y la que ocupará todo nuestro comentario. Desde la promulgación de su Ley Orgánica, ha sido política rígida del PANI no declarar administrativamente en estado de abandono a menores cuya edad supera los 15 años, no obstante que el artículo 6 inciso f) de la misma ley no fija un límite superior de edad para declarar a un menor en estado de abandono. Esta política del PANI es consecuencia de una obediencia contumaz al artículo 15 del Código de la Infancia, que sí fija un máximo de edad —dentro de la minoridad— para considerar a un menor en estado de abandono. Entonces, parece claro que los me-

nores de 16 años son los sujetos a la protección, y los menores de edad pero mayores de 16 años son ajenos a la protección del Patronato.

Con el Código de la Infancia, desafortunadamente, la protección jurídica al menor en estado de abandono termina al cumplir los 16 años de edad. Quiere decir esto que mientras un menor no haya alcanzado los 16 años de edad, será beneficiario de esta protección a través del instrumento jurídico de la declaratoria de estado de abandono y depósito; cumplidos los 16 años, no procede tal declaratoria. Esta directriz del PANI claramente margina a un segmento de la población de menores de edad entre los 16 a 18 años que, por mandato Constitucional tienen derecho a recibir esta protección especial. No obstante, la declaratoria administrativa de estado de abandono realizada por el PANI excluye a aquellos menores que hayan alcanzado los 16 años de edad.

El principio de legalidad exige una norma jurídica en la base de toda potestad de la Administración Pública y sólo podrá realizar aquellos actos que autorice el ordenamiento. Así, la potestad que tiene el PANI de declarar administrativamente en estado de abandono a un menor de edad y disponer sobre su guarda y crianza está previsto en el artículo 6 inciso f) de su Ley Orgánica. Entendemos entonces que el PANI no puede atribuirse la representación legal de un menor de edad o disponer de los atributos de la patria potestad sin que este menor haya sido previamente declarado en estado de abandono, sea esta judicial o administrativa. Pero no confundamos la atribución de la representación legal del menor con las medidas transitorias que toma el PANI en resguardo de los menores durante las diversas fases del procedimiento administrativo para la declaratoria de estado de abandono previstas en el Reglamento supra citado, que sí permite depositar temporalmente al menor en persona o institución, mientras el PANI decide si el menor se encuentra o no en estado de abandono.

La situación jurídica se complica en aquellos casos donde existan menores abandonados entre los 16 a 18 años de edad y que estén bajo el cuidado del PANI sin haber sido declarados en estado

de abandono. Al no estar declarados en abandono, lógicamente sus progenitores aún conservan todos los atributos de la patria potestad, pero, sucede que estos menores permanecen bajo la responsabilidad del PANI sin que la institución ostente la representación legal de ellos. Si sus padres los han colocado en un estado de abandono, como lógica consecuencia de ello, de hecho no están cabalmente ejerciendo la patria potestad (deber de cuidar al menor, proporcionarle el alimento y los estímulos físicos para su adecuado desarrollo y prepararle para la vida), y del otro lado, si el PANI, quien los tiene bajo su cuidado provisional no los declara en estado de abandono por ser mayores de 15 años, carece de la potestad para asumir la representación legal de ellos. Por así decirlo, estos menores residen en un limbo jurídico. Es un principio universal que todo menor deberá tener nombre, nacionalidad y *representante legal*.

"Por su referencia a la realidad —dice García de Enterría—¹ los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refiere de una manera precisa e inequívoca". Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los 18 años. "Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto".² Por ejemplo: buena fe, falta de probidad, urgencia, escándalo, abuso del poder paterno, mala conducta notoria de los padres. "Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto. . .",³ o hay abandono o no hay abandono. En cambio, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas. "En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado la ley no da respuesta la solución concreta de cada caso, de modo que esta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o experiencia, según la naturaleza del concepto; pero lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el

1. García de Enterría, E. y Fernández, T. *Curso de Derecho Administrativo I*. Segunda edición. Editorial Civitas, Madrid, 1977, p. 271.

2. Op. últ. cit., pág. 271.

3. García de Enterría, E. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Tercera edición. Editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 35.

concepto remite debe ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto; aunque su precisión reste indeterminada. . .".⁴

Indudablemente la noción de "abandono" que emplea la Ley Orgánica del PANI cae dentro de lo que es un concepto jurídico indeterminado. Con el empleo de este vocablo se está renunciando a hacer una enumeración taxativa de todas las posibilidades de abandono, corriéndose el riesgo de omitir algunas causales, pero, sobre todo, el poner un obstáculo importante a la adaptación de la regla de derecho a su medio y a su época. "Es a merced de los casos, de las especies, que el contenido de este concepto jurídico indeterminado se irá precisando poco a poco".⁵

En materia de abandono, el PANI ha venido desarrollando, precisando poco a poco y coherentemente, el concepto de "abandono", y ha recopilado parte de esa rica experiencia acumulada durante más de 20 años, en un folleto titulado "Abandono de menores: metodología e intervención institucional".⁶ En él se parte de un pronunciamiento dado por la Procuraduría de Derechos Humanos de Costa Rica para definir lo que es el abandono, y dice así: "Las responsabilidades de los padres con los hijos, derivadas del ejercicio de la autoridad parental, implican el poder-deber de proteger, educar, guardar, vigilar y corregir a los hijos, pero también comprende el deber de satisfacer sus necesidades nutritivas, de atención médica y medicamentos, de vestido, habitación, educación, afecto, seguridad y el estímulo necesario para el desarrollo físico y mental. En concordancia con lo anterior, el abandono se produce cuando los padres no cumplen con los mencionados deberes, ya, por cuanto conscientemente realicen determinadas acciones, ahora bien, por medio de una actitud negativa o una falta de preocupación e interés. . . para que el abandono se configure, no es necesario que los padres se separen de sus hijos, que los dejen solos gran parte del día o que los envíen a las calles a vagabundear o mendigar". A este pronunciamiento, el PANI añade que "consecuentemente entendemos por abandono, toda aquella conducta de omisión

que afecte o perjudique al menor en su desarrollo físico, mental, intelectual o afectivo. Entendiendo el abandono no sólo como omisión sino también abuso o uso excesivo de derechos u obligaciones parentales".

Ciertamente el contenido jurídico del vocablo "abandono" ha sido precisado por el decantar lento de muchos años de conocimiento empírico del PANI en la aplicación de esta noción, que no admite más que una solución justa en su aplicación a un supuesto de hecho determinado. Sin necesidad de subsumir la conducta de abandono en alguna de las tantas causales enumeradas en el artículo 15 incisos 1 al 8 del Código de la Infancia, es dable declarar en estado de abandono a un menor cualquiera que sea su edad, con la única condición de que se califique y precise como "abandono" esa circunstancia concreta o presupuesto de hecho en que se halla el menor de edad y cuya verificación real es perseguida en el procedimiento administrativo. El actual mérito del artículo 15 radica en la rica abundancia de las causales que califican al abandono como tal, y que de hecho han contribuido enorme y valiosamente a la precisión del mismo concepto conforme su aplicación; pero, lamentablemente subordina a un tope máximo de edad —que fija el mismo articulado— para que pueda tipificarse la situación de abandono de un menor de edad.

En síntesis: la utilización de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados —como es el caso de la noción de abandono— legalmente permite declarar administrativamente en estado de abandono a un menor cuya edad supera los 16 años sin necesidad de sustentar el fundamento de derecho de tal declaratoria en cualquiera de las causales enumeradas en el artículo 15 del Código de la Infancia. Al filo de los años, la noción de abandono enmarcada en el artículo 6 inciso f) de la Ley Orgánica del PANI, ha sido precisada y concretada tanto por la doctrina como por los actos resolutorios y trabajos del PANI, como para permitirle al sujeto que dicta el acto administrativo de declaratoria de abandono interpretar y aplicar correctamente este concepto a las circunstancias reales que han de calificarse.

Afortunadamente, con el proyecto de ley que modificará el Capítulo VI del Código de Familia

4. Op. últ. cit., pág. 36.

5. Trejos, G. *Introducción al Derecho de Familia costarricense*. Editorial Juricentro, San José, 1977. p. 205.

6. *Abandono de menores: Metodología e Intervención Institucional*. Patronato Nacional de la Infancia. Dirección de Operaciones, 1987, p. 1.

(relativo a la filiación adoptiva) se elimina el inconveniente tope máximo de edad que el Código de la Infancia fijara en 15 años para declarar a un menor en estado de abandono. Dicha disposición se encuentra en el artículo 105 del referido proyecto y dice: "La declaratoria de abandono procederá cualquiera que sea la edad del menor". De convertirse algún día en ley, se daría por finalizada, "con un plumazo del legislador" una política que durante

más de 20 años ha discriminado en contra de los intereses jurídicos de menores que por su edad fueron excluidos de la protección a que tienen derecho y que el Patronato debe por ley darles.

Se dio una solución tortuosa a un problema creado por la inaplicación de una técnica general e inexcusable de toda normación: la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que a nuestro juicio resultaba suficientemente clara.
