

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS
AMÉRICAS

ESCUELA DE DERECHO

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO INTERÉS
SUPERIOR DEL MENOR EN LAS ADOPCIONES DIRECTAS

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN
DERECHO

FABIOLA PORRAS CAMBRONERO

ABRIL DE 2018

DEDICATORIA

Este esfuerzo va dedicado para 2 de mis amores más grandes, los pilares de mi familia, **SONIA BADILLA MORA Y CARMEN SANDI CHAVARRIA**, mis amadas abuelitas, las que siempre están y estarán orgullosas de mí, 2 mujeres que me han enseñado tanto y a las que nunca me alcanzará la vida para agradecerles por tanto chineo.

A Tita Sonia por ser una mujer espléndida, por demostrarme que siempre hay que sonreírle a la vida sin importar que, la que aun luchando contra un cáncer siempre tuvo palabras lindas para mí, la que nunca se contuvo de contarle a los doctores que ya casi tenía una abogada en la familia. “Este esfuerzo va para ti, porque sin tu motivación para superar cada adversidad, nunca hubiera logrado esto”.

A Tita Carmen por ser una gran señora, siempre amable y con una sonrisa en la cara, un gran ejemplo de superación, una mujer que a pesar de las adversidades siguió adelante, una persona con gran corazón y siempre dispuesta a chinearme, siempre con palabras de aliento, por ponerle amor y esmero a todo, por siempre quererse superar, por enseñarme que lo importante es hacer las cosas bien, pero principalmente hacer las cosas que nos gustan, y que nunca es tarde para aprender.

Las amo con todo mi corazón, y le doy gracias a Dios por premiarme con mujeres tan maravillosas en mi vida

AGRADECIMIENTO

Primero que todo darle las gracias a **Dios** por dejarme llegar hasta aquí y por ponerme en el camino a cada una de las personas que aquí mencionare.

A *papi*, gracias por ser mi pilar más fuerte, por sostenerme cuando iba en declive y por levantarme cuando caí, definitivamente nada de este hubiera sido posible sin usted.

A *mami*, por ser la que me impulsa a ser mejor cada día, por ser otro pilar fundamental en mi vida, por ser el ancla que me mantiene a tierra, por enseñarme lo valioso de la vida.

A *Johan*, por ser ese hombro donde siempre me puedo reclinar y desahogarme, a pesar de que sos el menor me has enseñado muchas cosas y por eso te daré mil gracias siempre.

A *mi familia en general*, por el apoyo brindado en cada paso, y por demostrar tanto orgullo. Los amo.

A *la Prof. Karol Frutos*, porque en este tiempo como Prof. y además como tutora se ha comportado muy bien con mi persona, nunca le voy a poder agradecer por todo lo que ha hecho por mí, por todo el apoyo y confianza que ha tenido conmigo.

A *todos los Profes*, gracias por regalarme de su conocimiento para llegar donde estoy hoy y por enamorarme de la carrera cada día más en sus clases.

A *Dani, Porrás, Rigo, Javi y Trejos* por ser amigos tan incondicionales y siempre estar en las buenas y no tan buenas con palabras para alegrar la vida.

A *Dario, Kenneth, Juanjo y David*, por ser los mejores compañeros de U, por todo el apoyo incondicional en todo este viaje.

A *la Lic. Alma, Lic. Pablo y Lic. Roberto* por sacar de su tiempo para ayudarme con su conocimiento en las entrevistas y así lograr esta meta.

A *todos* los que quedan por fuera de la lista pero que de alguna manera u otra siempre tuvieron una palabra de apoyo para impulsarme a concluir este viaje.

Bendiciones y muchas gracias por todo a cada uno de ustedes.

ÍNDICE

CARTA DE LA FILÓLOGA.....	II
CARTA DEL TUTOR	III
DECLARACIÓN JURADA	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	1
1. Tema	1
2. Problema	1
3. Objetivos	3
A. Objetivo general	3
B. Objetivos específicos	3
4. Justificación	4
5. Antecedentes	9
6. Proyecciones.....	14
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO O DE REFERENCIAS.....	16
1. La Familia como derecho	16
2. Adopción	17
2.1 Referencia histórica de la adopción	17
2.2 Concepción de la adopción en la actualidad	20
2.3 Principios de la adopción	22
2.4 Efectos de la adopción.....	27
2.5 Tipos de adopciones que existen.....	30
2.6 Regulación de las adopciones en Costa Rica	33
a. Código de Familia.....	33
b. Reglamento de procesos de adopción nacional e internacional.....	34
c. Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño	34
d. Ratificación del Convenio Relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional.....	34
2.7 Requisitos para ser adoptado	35
a. Artículo 109 del Código de Familia	35

b. Declaratoria de Abandono y Declaratoria de Adoptabilidad.....	38
2.8 Requisitos para ser adoptante	51
2.9 Procesos de adopción	53
a. Adopción Indirecta Mediante El PANI.....	53
b. Proceso de adopción directa	56
b.1 Riesgo de las adopciones directas	60
3. Interés Superior del Menor	61
3.1 Referencia histórica del Interés Superior del Menor	61
3.2 Concepción del Interés Superior del Menor en la actualidad	66
3.3 Regulación del Interés Superior del Menor	67
a. Convención de los Derechos del Niño	67
b. Código de la Niñez y la Adolescencia.....	90
4. El PANI y su función como ente regulador del Interés Superior Del Menor en las adopciones	92
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO.....	102
1. Alcance de la investigación	102
2. Enfoque	103
3. Diseño	103
4. Muestra de la Investigación.....	104
5. Variables o Unidades de Análisis.....	105
6. Instrumentos.....	105
7. Procedimiento para la Recolección de Datos	106
8. Método de Análisis	106
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	107
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	120
CAPÍTULO VI: PROPUESTA.....	126
1. Objetivo.....	126
2. Propuesta de ley.....	127
CAPÍTULO VII: BIBLIOGRAFÍA	137
Anexos	141

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1. Tema

Análisis jurisprudencial del principio de Interés Superior Del Niño en los procesos de adopción directa.

2. Problema

De acuerdo con la legislación costarricense la persona menor de edad posee un Interés Superior el cual, de acuerdo con el principio constitucional el Estado, debe velar por cumplir con una protección privilegiada para los mismos.

La persona menor de edad tiene derecho a un desarrollo integral, el cual se encuentra debidamente establecido en el numeral 5 del Código De Niñez y Adolescencia, al menor debe de garantizársele el respeto a sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura de su pleno desarrollo personal.

Nuestro panorama social actual ha demostrado que la persona menor de edad es el eslabón más vulnerable en la cadena de las relaciones humanas, por ser dominado por adultos, frente al menor de edad el cual siempre será indefenso e incapaz de tomar decisiones adecuadas para su desarrollo físico social y mental.

En esta búsqueda de protección e igualdad de derechos, las organizaciones internacionales logran establecer obligaciones que tienen todos los Estados miembros para con los niños y en especial con los que permanecen en estado de abandono, los cuales pueden contar con un proceso de adopción para asegurar sus derechos.

Con el propósito de asegurar un mejor futuro a la persona menor de edad, estos organismos internacionales han establecido convenios que tutelan los derechos de los infantes, que eventualmente puedan ser sometidos a un proceso de adopción, por medio del principio de Interés Superior Del Niño.

En Costa Rica la adopción de personas menores de edad se realiza a través del Patronato Nacional de la infancia; no obstante, el tiempo que transcurre desde el ingreso del menor hasta un albergue del PANI, su declaratoria de estado de abandono, de adaptabilidad y el colocar al menor de edad en un hogar, se torna en un trámite largo, burocrático y engorroso, en el cual en muchas oportunidades los adoptantes desisten o bien la persona menor de edad va creciendo y lamentablemente al hacerlo, se tornan menos interesantes para ser sujetos de adopción.

Ante este panorama engorroso de la tramitación de adopciones en sede del PANI, a través de los años se ha generado la popularidad de las adopciones directas, las cuales son llevadas a cabo sin intervención del PANI, en las que los padres biológicos de forma directa son los que escogen a la familia adoptante y a través de un tribunal efectúan la adopción del menor. No obstante, este tipo de adopciones se tornan riesgosas para la persona menor de edad, pues bien pueden ser vistas como un objeto de comercio o ser desviados su propósito para otros fines ilícitos.

El principal problema que posee esta figura es la carencia de normativa escrita que venga a regular el proceso de adopción directa, con el fin de que su objetivo principal sea velar por el Interés Superior Del Menor y que este objeto no sea desviado por el interés particular de los adultos intervinientes en él.

Otro punto álgido en el tema de las adopciones directas es la retractación de los padres biológicos del menor en cuanto a entregar ante los tribunales a su hijo en adopción, pues en reiteradas ocasiones el menor que ya ha sido puesto bajo la tutela de sus padres putativos, establece un vínculo emocional con los mismos, y al ser separado de ellos puede causar secuelas emocionales severas para este.

Por esta razón se empieza a generar una interrogante en cuanto al bienestar del menor, la decisión del juez de devolverlo a la madre biológica después de convivir por un periodo con una familia adoptiva que le brinda satisfacción en sus necesidades materiales y emocionales y que posteriormente sea separado de ese núcleo el cual comenzó a ver como su familia. Tomando en consideración que el código de niñez y adolescencia establece que los niños tienen el derecho de crecer con su núcleo familiar sanguíneo, se hace

imprescindible establecer las pautas legales para evitar este tipo de conflictos durante la tramitación de una adopción directa.

Ante una laguna jurídica en materia de adopciones directas, los jueces han utilizado los mecanismos internacionales como la convención de los derechos del niño, y otras regulaciones nacionales como el Código de Niñez y Adolescencia y el Código de Familia como lineamientos en los que prima la no separación del menor de sus padres, no siendo siempre esta decisión el resguardo del Interés Superior del Menor, por encontrarse en muchas ocasiones la persona menor de edad en riesgo social.

Esto lleva a la interrogante de, ¿en este proceso de adopciones directas se respeta el Principio de Interés Superior del Niño?, y a la luz de la Convención de los Derechos del Niño, ¿Cuál es realmente este interés?, ¿el permanecer en una familia capaz de satisfacer todas sus necesidades o estar al lado de una que en un principio se creyó incapaz de velar por su bienestar?

3. Objetivos

A. Objetivo general

- Analizar la aplicación del Principio de Interés Superior del Niño en los procesos de adopción directa.

B. Objetivos específicos

- Definir, a la luz de la Convención De Los Derechos Del Niño y del Código de Niñez y Adolescencia, la necesidad de regulación de las normas positivas en adopciones directas que resguarden como principio medular el Interés Superior del Menor.

- Identificar los riesgos actuales a los cuales has sido sometidos las personas menor de edad, a través del análisis de casos concretos debido a la falta de regulación en temas de adopción directa.
- Identificar las falencias de los procesos de adopción de personas menores de edad, desde la etapa de declaración de abandono del menor, declaración de adoptabilidad, hasta su adopción en sede administrativo judicial vs Interés Superior del Niño.

4. Justificación

Conveniencia

La conveniencia y pertinencia en esta investigación es analizar la problemática en las adopciones directas en relación con la forma en que hasta el momento se han estado realizando, la cual puede ser muy riesgosa en primer lugar para el menor, en segundo lugar para los padres adoptantes o bien para los notarios intervinientes, en caso de hacerse la entrega del menor en sede notarial.

Como es sabido el Interés Superior del Niño es un tema que genera controversias y es un principio de aplicación obligatoria en todos los procesos en los que se vea afectado un menor de edad. El Principio de Interés Superior del Menor es esencial para asegurar un desarrollo integral y un adecuado futuro para el menor de edad, es por eso la importancia de su correcta aplicación.

El Principio de Interés Superior del Menor es un principio tan abierto a la interpretación, que puede volverse complicado para su aplicación, ya que puede variar su perspectiva y por ende la relevancia de una correcta aplicación de este principio, apoyándose en derecho positivo para casos como la adopción directa, en los cuales no existe un procedimiento que lo norme correctamente.

Esta investigación ayudará a establecer la pertinencia de contar con una regulación positiva integrando el interés superior del menor en las adopciones directas.

La finalidad de esta investigación es también establecer si realmente nuestro sistema de justicia toma en cuenta el impacto que podría llevar el no profundizar la importancia de este principio en la vida de un menor de edad.

Relevancia Social

Este tema es de trascendencia social debido a que día con día se hacen más recurrentes las adopciones directas y las personas toman esta medida como una forma de evitar la rigurosidad del trámite de una adopción indirecta a través del PANI.

En adición se procura con esta investigación establecer un parámetro para velar por el bienestar de menores de edad que se someten al proceso de adopción directa, quienes no pasan por un filtro para asegurar que el nuevo hogar al que irán es el más adecuado para ellos como si lo harían los niños institucionalizados en el PANI.

Los menores de edad como miembros de una sociedad regida por adultos, necesitan mayor protección por parte del Estado para poder ejercer sus derechos, y más cuando se presentan estas clase de situaciones donde la familia, que es la primera en ejercer la protección para ellos, no es apta para cubrir todas sus necesidades, por lo cual cuando un menor de edad se encuentra en una situación como esta, es esencial que el Estado le asegure en cuál núcleo familiar se va a desarrollar el menor de manera integral.

Conveniencia Social

Con la búsqueda de la aplicación real del Interés Superior del Menor y una posible presentación de un proyecto de ley para normativizar las adopciones directas, se pretende que en las futuras tomas de decisiones con respecto a las adopciones directas se haga un análisis más exhaustivo del caso en concreto para tratar de lograr la supremacía del Interés Superior del Menor.

En segundo término se pretende orientar a los tribunales de justicia para que se garantice que en todo proceso de adopción directa se priorice el beneficio del menor, ya que en este tipo de adopciones debe haber un mayor análisis y minuciosidad al estar en juego la filiación de un menor y su derecho a una familia.

Por lo tanto, el asegurar una correcta aplicación del principio del Interés Superior del Menor se logrará concomitantemente proteger al menor de edad y asegurar sus derechos, además de proporcionarle un lugar que cuente con la capacidad de brindarle un ambiente para su desarrollo integral.

Encaminar a los miembros de la sociedad civil y a los de los tribunales de justicia para que alcancen a comprender que la ubicación de un menor de edad en una familia no es un derecho que tienen los adoptantes, sino una serie de derechos que tienen los menores, y pese a que se haga a través de una adopción directa sin la intervención de la institución correspondiente en estos temas, siempre debe prevalecer el Interés Superior del Menor.

Además de hacer entender que el Estado tiene que velar porque a la persona menor de edad siempre se le respeten sus derechos y prevalezca su interés sobre el de los demás, tal y como se ha establecido en los múltiples convenios internacionales, y que no siempre la posición de una familia biológica o adoptante es la mejor opción para el menor de edad.

Implicaciones Prácticas

Se pretende buscar que en las realizaciones de adopciones directas siempre prime el Interés Superior del Menor, tomando en cuenta que no se busca solamente una familia para este, sino que esta posea las óptimas condiciones para su desarrollo.

Se pretende lograr establecer una serie de antecedentes para llevar de la mejor manera posible el proceso de adopción, pensando en el futuro del menor y haciendo que el estado cumpla con los diferentes compromisos con los más indefensos de la sociedad.

El poder establecer una aplicación adecuada del Interés Superior del Menor a través de una norma positiva en el proceso de adopción directa es trascendental para que, a la hora de desarrollarse el proceso, se tome como prioridad el beneficio del menor, tal y como lo establece la Convención Internacional de los Derechos del Niño ratificada por el estado costarricense, especialmente porque este tipo de procesos no son llevados a cabo por la institución oficial de velar por los menores; no obstante, aunque las adopciones directas no sean llevadas a cabo por una institución del estado, de igual forma deben pasar por la vía judicial y es en esta parte donde el estado deberá procurar el mejor beneficio para el menor.

El tema del Interés Superior Del Niño se ha visto evaluado en los procesos de adopciones, sin embargo al haber un vacío en adopciones directas se pretende la eventual normativización a través de un proyecto de ley, que viene a complementar la aplicación de convenios ya establecidos para que a la hora de la practica la subjetividad del tema no varíe según ante quien se presente.

Asimismo, la forma en la que se llevan a cabo las adopciones directas, y su falta de reglamentación hace más difícil que el estado logre tutelar el Interés Superior del Menor, es por eso que es importante establecer una forma que desde sede judicial se pueda asegurar que el menor contara con la correcta aplicación de este principio buscando establecerlo en un ambiente adecuado para su desarrollo.

Debido a la búsqueda de la verdadera óptica del principio del Interés Superior del Menor, se busca establecer una forma de llevar a cabo los procesos de adopción directa donde se beneficie al cien por ciento al menor que se encuentra en una condición de riesgo, velando por su bienestar sin importar que dicha adopción no se realice con la institución encargada en la materia.

Para poder establecer que el Estado vela por el interés del menor, sin importar el tipo de proceso de adopción que se lleve a cabo, se debe demostrar el compromiso que se tiene por su parte en procurar lo mejor para el menor de edad.

Utilidad metodológica

Establecer los parámetros de aplicación del Principio Superior del Interés del Menor en el tipo de adopciones directas, en las que pese a no haber regulación no se puede pasar por encima a los compromisos adoptados por el estado ante los órganos internacionales de procurar siempre el beneficio de aquellos menores de edad que se encuentren en estas condiciones.

Los encargados de aplicar el Principio de Interés Superior del Menor en las adopciones directas son los jueces, para ello se establecerán los parámetros de subjetividad usados en los diferentes casos que se presentan ante ellos; analizando las situaciones del menor, son ellos a los que el estado les delega el peso de hacer cumplir las obligaciones del estado para con estos.

Buscando establecer la correcta aplicación del principio superior del menor, se redefinirá la verdadera finalidad de las adopciones de tipo directas, cuya finalidad es la mejora de las condiciones del menor que se somete a una nueva filiación, y no el hecho de no tener que realizar toda una larga y tediosa tramitología a través del PANI.

Asegurar el desarrollo de un proceso de adopciones donde no se hacen averiguaciones previas por parte de organizaciones gubernamentales que son las encargadas de velar por los intereses del menor, pero que se pueda demostrar que no hay riesgo ni perjuicio para el menor de edad que se somete a este tipo de procesos en cuanto a sus beneficios.

Se lleva acabo sobre esa parte de la población de niños en riesgo, cuyos padres biológicos no se pueden responsabilizar de su guarda y crianza, sin embargo, son una población aislada de los niños que se encuentran en estado de abandono cuya tutela temporal la ejerce el PANI.

Dada a esta situación de no institucionalización del menor, es importante su estudio, ya que no hay un ente regulador que garantice que el proceso que se llevaba a cabo siempre satisfaciendo el Interés Superior del Niño, por lo cual es muy difícil afirmar que se le pueda asegurar al menor en esta situación la búsqueda de una situación más beneficiosa.

5. Antecedentes

El instituto de la adopción surge en tiempos antiguos en Mesopotamia, Grecia y Roma, donde se regulaba la situación de niños que eran abandonados por sus familias e introducidos a otras a través de distintos rituales.

En este entonces la adopción se veía como una forma de perpetuar la herencia y agrandar la familia, siempre viéndose como una figura donde el niño se desligaba de su antigua familia para ser parte de una nueva, donde llevaría una vida igual a la que llevaban los hijos biológicos de esta en caso de que estos existieran.

El fenómeno de la adopción tuvo un gran aumento en la época de las guerras mundiales, dado el hecho de que se aumentó la población mundial de niños huérfanos por diversas circunstancias, y donde la situación de adoptar para beneficiar a un hogar varió hasta que la finalidad se convirtió en adoptar para darle un hogar a un menor desamparado para dotarlo de familia y vivienda. Asimismo, también la adopción se consideró una forma de consolar a las parejas estériles, dotándoles de un hijo para cumplir con los estereotipos sociales de la época, donde las parejas debían de poseer hijos que pudieran encargarse de los asuntos familiares y seguir los linajes, y el único interés de este mecanismo era satisfacer a las familias en busca de cumplir sus expectativas.

Con los diferentes movimientos en busca de la igualdad de derechos, se empieza a ver y reconsiderar las situaciones de los menores de edad, quienes también son sujetos de una sociedad con derechos y con muchas desventajas ante esta.

Con esta búsqueda de igualdad surge el Principio de Interés Superior del Niño, que cambia la perspectiva de las adopciones a nivel mundial, y el enfoque deja de ser el proporcionar un hijo a una familia, y se enfoca en dotar al menor de una familia que sea capaz de satisfacer todas sus necesidades tanto materiales como morales y así lograr un mejor desarrollo.

Así las cosas, las organizaciones internacionales han logrado establecer una serie de situaciones que cada estado debe garantizar para proteger a los menores de edad en estas condiciones a través de tratados y convenios.

– Castro, V; Chaves, A (2014) en su tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Trabajo Social, *LAS ADOPCIONES NACIONALES COMO ALTERNATIVA PARA LA RESTITUCIÓN DEL DERECHO A LA FAMILIA DE LA POBLACIÓN MENOR DE EDAD EN ESTADO DE ABANDONO*, se enfoca en las adopciones nacionales como una forma de restaurar o brindar el derecho a la familia de los menores de edad, que ya han sido declarados en estado de abandono, mediante el análisis de la identidad competente en esta materia y así determinar si en realidad las adopciones nacionales ayudan a cumplir el derecho a la familia del menor de edad.

En su investigación Castro y Chaves llegaron a una serie de conclusiones, entre ellas:

- El PANI como institución hace los mayores esfuerzos para evitar que los menores de edad entren en un estado de abandono y posteriormente de adopción, y buscan la permanencia del menor en un ambiente conocido con su familia biológica.
- Sin quitarle méritos a la ardua labor que hace el PANI, los autores logran determinar una serie de factores que vulneran la efectividad de las adopciones, y que durante estos procesos se podrían ver afectados los derechos de los menores.
- Otro punto en el que se enfocan es la situación en la que el Estado posiciona el menor de edad en estado de abandono, diciendo que es importante pero no actúa de tal manera.

En esta investigación los autores se enfocan en los procesos que se llevan a cabo a través de PANI, la ejecución de los mismos, y cuál es el camino a seguir para poder asegurarle al menor en estado de abandono su derecho a la familia; toda la investigación se hace únicamente basada en el tipo de adopción indirecta o tradicional.

Ya desde un punto de vista menos social y orientado al ámbito legal el autor: Vargas Jaubert, R (2007) en su tesis de grado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, *EL INSTITUTO JURIDICO DE LA ADOPCIÓN EN COSTA RICA*: necesidad e importancia de su difusión en la comunidad costarricense, se plasma lo que es el proceso de adopción para lograr informar a las personas y dar a entender a la sociedad que no siempre la familia es la idea planteada a través de los estereotipos donde se llega a la familia ideal con la tenencia de hijos biológicos, sino que también se puede alcanzar esa filiación con menores de edad adoptados. En su trabajo presenta el Manual de Adopciones Nacionales, con la finalidad de explicar aspectos jurídicos tanto de forma como de fondo establecidos en la normativa nacional e internacional.

En esta investigación se hace mención de las adopciones directas como parte de los tipos que existen en Costa Rica, y se establece como un trámite judicial en el cual los padres biológicos seden al menor en adopción a los padres escogidos directamente a los adoptantes; sin embargo, no se le da mayor enfoque a esta última por ser un tema en el cual no existen regulaciones y a las que comúnmente las personas no acuden por ser una situación de riesgo legal en donde muchos factores pueden entorpecer el objetivo principal de la adopción, esto es el colocar a un menor en el seno de una familia y con ello velar por el cumplimiento del Interés Superior de la Persona Menor de Edad.

Precisamente sobre este tema medular del interés superior del menor el autor Manso-Sayao Atmetlla, C (2014). En su tesis para la Licenciatura en Derecho *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO A LA LUZ DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO 'ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE' DEL 24 DE FEBRERO DE 2012*, analiza en caso en el que la Corte Suprema chilena, bajo su interpretación negó sus derechos parentales de custodia a una madre debido a su orientación sexual, y todo esto lo consignó basándose en el hecho de que las niñas tenían un derecho preferente a vivir en un modelo tradicional de familia y estimando que las niñas se exponían tanto a una eventual confusión de roles sexuales como a una potencial estigmatización en su entorno social, lo cual las pondría en una situación de riesgo y vulnerabilidad. Dada a estas razones, se presenta una demanda ante la Corte Interamericana

de los Derechos Humanos, donde se da una resolución que es el tema de estudio de esta tesis.

En esta tesis el autor concluye que el Interés Superior del Menor no debe verse influenciado por la orientación sexual de los padres, y tal como lo decidió la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el ideal de familia tradicional es algo desfasado e inexistente pues siempre ha existido una variación de familias sin necesidad de que la orientación sexual influya.

Aunque esta investigación se basa al Interés Superior del Menor, tiene un enfoque dirigido a la discriminación que realiza la Corte Suprema de Chile con respecto al otorgamiento de la autoridad parental a una persona con orientación sexual distinta, y en la interpretación de la Corte de establecer que sería catastrófico que los menores permanecieran bajo esa situación. Por ello Manso-Sayao tomó la decisión de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como su tema de estudio.

Para mayor abundamiento en el tema el autor: Pérez Toledo (2007). en su tesis para conferírsele el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas Y Sociales, *ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA NIÑA CONTENIDO EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA*, abordó el tema de la nueva ley de Guatemala que regula la protección de los menores de edad del país, en la cual se pretende la búsqueda del Interés Superior del Menor en aquellos procesos judiciales donde estos sean parte, basándose en los que son llevados a través de los Jueces de Paz.

Entre las conclusiones que la autora llegó con su tema de investigación se pueden observar.

- Que pese a la existencia de una ley que pretende proteger el Interés Superior del Niño, los jueces de paz debido a su limitada competencia, no les permite la aplicación del todo de este.
- Se concluye que gracias a las capacitaciones que han recibido los jueces de paz con respecto al principio superior del niño, se ha logrado

que las resoluciones sean dirigidas a beneficio de estos, involucrando más a estos.

En esta tesis la autora se enfoca en lo importante que es darle un papel de mayor importancia al menor en los procesos jurisdiccionales, para así poder poner en práctica el principio de interés superior del niño que lo único que busca es el bienestar del menor.

De la misma forma la autora Aliaga Gamarra trata el tema del intereses superior del menor dándole un enfoque desde las adopciones internacionales , Aliaga Gamarra, Jimena Beatriz (2013) en su tesis para optar por el grado de abogado, *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL PERÚ*, pretende desarrollar el concepto de la adopción internacional como un mecanismo de protección al interés superior del niño que se encuentra en estado de abandono, y la falta de aprovechamiento que le da el Perú a esta figura.

Aliaga alega en sus conclusiones que la problemática principal se centra en la falta de regulaciones por parte del estado peruano en materia de adopciones, y cuyos vacíos se deben llenar mediante tratados y convenios que aun así no son lo suficientes para asegurar el interés superior del niño que se está sometiendo a un proceso de este tipo.

Pareciera que la posición de esta autora está en consonancia con el objetivo de la presente investigación, pues precisamente lo que se desarrollará en capítulos posteriores es la importancia y necesidad urgente de regular las adopciones directas en Costa Rica, como una medida de garantía de los derechos y en especial del Interés Superior del Menor en dichos procesos.

Sobre ese tema garantista de los derechos de la persona menor los autores Duque y Ramírez Torres (2010), en su tesis de grado para optar al título de abogado, *LA ADOPCIÓN UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN, GARANTÍA, Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN COLOMBIA*, buscaban descifrar si la adopción en Colombia se veía como una forma de garantizar al derecho del menor a tener una familia y un adecuado crecimiento o se estaba viendo únicamente como un instrumento legal, para dotar a una familia de un niño. Se tiene como punto de enfoque el principio de

Interés Superior del Niño que siempre se debe de tomar en cuenta en estos casos y a su vez promueve la cultura de la adopción.

En esta tesis las autoras logran concluir que en tema de adopciones es importante la aplicación del derecho superior del niño, el cual está plasmado en cada normativa tanto nacional como internacional, sin embargo, concluyen que la limitante en este sentido no es lo teórico si no lo práctico.

Como se puede determinar en las investigaciones expuestas anteriormente, el instituto de la adopción vino a modificar el modelo tradicional de la familia, con el objetivo de hacer cumplir el derecho humano del derecho a la familia; sin embargo, para llegar a este es importante hacer cumplir el interés superior del menor, este principio se establece como aquel que siempre debe reinar en todos los procesos en los que se involucra un niño.

También se puede concluir que pese a la importancia del principio del Interés Superior del Menor, su falta de regulación hace que su aplicación sea complicada, ya que esta será subjetiva para el juez que aplique, es de aquí donde surge la importancia de hacer ver la necesidad de la regulación en adopciones directas.

6. Proyecciones

Con este trabajo se pretende lograr definir si el Interés del Menor en los procesos de adopción directa, es ejercido desde su sentido estricto o si la óptica por la cual se rigen los jueces para tomar las decisiones en los procesos avanzados de adopción directa no tiene como vector garantizar el cumplimiento de dicho principio, de tal forma que la adopción directa sea vista a través de un prisma de conveniencia para la persona menor de edad a través del Interés Superior del Menor de Edad y no con la finalidad antagonista de otorgarle un hijo a una familia que, por alguna razón, carece de estos; por el contrario, orientar al lector y a la sociedad a través de recomendaciones a comprender que es un trámite orientado a cumplir el derecho del niño a tener una familia y a estar en un ambiente donde se le puedan satisfacer de sus necesidades y para que tenga un adecuado desarrollo integral.

Además se busca proyectar que este tipo de adopciones no es una salida más fácil, y conveniente para obtener a un niño como si se tratase de mercancía, sino que de igual forma se debe de ser consciente de que este tipo de actividad se hace con la finalidad de brindarle un mejor futuro a un niño cuya familia biológica no puede responder por él.

Así también se pretende plantear un proyecto para establecer una normativa con la cual se regule este tipo de adopciones, donde se constituya un debido proceso y a su vez se vele siempre por el Interés Superior del Menor, para ello evitar los abusos de las partes intervinientes en el proceso, buscando únicamente satisfacer el interés superior del menor y no los intereses de quienes intervengan.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO O DE REFERENCIAS

Es importante plantear ejes conceptuales que servirán como parámetros en esta investigación para lograr un mayor entendimiento al realizar la lectura de este trabajo, por esta razón se desarrolla en este capítulo un esquema referencial de los aspectos más relevantes del tema en estudio.

1. La Familia como derecho

En nuestro país consuetudinariamente la familia siempre ha significado el eje principal de la sociedad y el pilar de las mismas, tanto que en el numeral 51 de la Constitución Política se establece que "la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a una protección especial por parte del estado". Y así fue como ha venido el estado costarricense procurando brindar de la mejor manera posible protección a las familias del país y sus miembros.

Con esta intención de lograr la mejor protección de la familia, se da la concepción de derecho a la familia, que este no es más que un derecho fundamental el cual establece que toda persona tiene derecho a constituir una familia, siempre con el respaldo del estado quien debe velar porque se garantice dicha protección a la misma, dentro de las garantías fundamentales está la igualdad y la no discriminación por razones de sexo.

A través del tiempo se ha venido estableciendo un llamado modelo "tradicional de familia", que evoca las figuras de padre, madre e hijos consanguíneos del matrimonio como miembros núcleo de esta, sin embargo, esta concepción ha ido variando porque, como se ha podido ir apreciando, no todas las familias están conformadas de la misma manera.

Dado a estas variaciones en la conformación de los miembros de las familias y el deber del estado de cumplir con el derecho fundamental de constituir una familia, nace la figura de la adopción, donde se da la facultad de que aquellos matrimonios o personas que desean tener hijos y no los puedan tener de forma natural puedan tener la oportunidad de

hacerlo, y a su vez el menor de edad que se encuentra en una situación desfavorable pueda entrar a formar parte de una familia y logre un desarrollo integral adecuado.

2. Adopción

2.1 Referencia histórica de la adopción

Contrario de lo que muchas personas creen, la figura de la adopción no es reciente, es un fenómeno que se viene presentando desde de la edad antigua, en ciudades como Roma, Grecia y Mesopotamia, cada una de estas sociedades implemento su propia forma de regularlo, e inclusive podemos encontrar en el código más antiguo, el código Hammurabi una regulación acerca del tema.

La situación que se presentó en los pueblos antiguos con respecto a las adopciones se da por la necesidad de dejar herederos que se hicieran cargo de sus honras fúnebres y los dioses familiares, y la adopción en estas épocas está lejos de ser una herramienta de consuelo para las familias con carencia de hijos, sino que es un método de lograr cumplir con las obligaciones religiosas y mantener felices a sus dioses.

Los romanos fueron los primeros en sistema la adopción, a través de dos tipos la de los *alieni iuris* o *adoptio*; y la de los *sui iuris* o adrogación." A través de la *la adoptio* se incorpora un sujeto *alieni iuris*, en un primer momento el sujeto se desligaba de la potestad del *pater* al que estaba sujeto, para en otro, incorporarse a la familia del nuevo *pater* de la cual pasaba a formar parte. A través de *la adrogatio* el incorporarse a la nueva familia era un sujeto *sui iuris* de la cual, a su vez, dependía su familia, esta última completa ingresaba al nuevo grupo familiar." (Brena, I.1998, Algunas reflexiones sobre los antecedentes de la adopción, número 27, p.36 - 37).

Más adelante Justiniano, por fin, subdivide la adopción en arrogación, adopción plena y adopción menos plena, estableciendo que la arrogación es el acto por el cual se recibía en concepto de hijo o nieto a una persona *sui iuris*, si la persona que va a ser adoptada *es alieni iuris*, pero descendiente del adoptante, se establecía la figura de

adopción plena; y si la persona adoptada era un extraño, adopción menos plena es la figura que corresponde a esta situación.

Con el fortalecimiento de la figura de la iglesia cristiana en las épocas antiguas de Roma, la figura de la adopción deja de ser una forma religiosa para agradecerles a los dioses, y entra a hacer un instituto de ayuda al menos afortunado, una muestra de misericordia.

Durante mucho tiempo fue la misma iglesia la que se encargó de crear hospicios para los huérfanos, para resguardarlos durante un tiempo mientras se les colocaba en un hogar, el problema nació cuando la figura de la adopción cayó en época de la edad media, pues las personas perdieron el interés en lo huérfanos y abandonados.

En Europa resurge la figura de la Adopción, en Francia para ser más precisos, Napoleón ayuda a promover un proyecto de código donde consagrara la adopción, donde el consejo de Estado establece la adopción similar a la *adoptio minmus*, estableciendo " derecho de alimentos entre adoptante y adoptados y a reconocer vocación hereditaria entre quien adopta y es adoptado. Solo podían ser adoptados los menores de edad y, en todo caso, se dejaba subsistente el vínculo de parentesco natural del adoptado. La reglamentación de la adopción se formuló con un criterio individualista, fue un contrato entre el adoptado y el adoptante (Brena, I. 2005, p 9).

Esta adopción permitía únicamente la adopción de adultos, ya que el vínculo que se generaba era únicamente el traslado del nombre para llegar a asegurar que el adoptado heredase los bienes del adoptante, sin embargo, con el pasar del tiempo llego a aceptarse posteriormente la adopción de menores de edad.

Durante mucho tiempo las adopciones se consideraron un mero contrato entre las partes involucradas, sin embargo, como era necesario el paso de estas por la vía judicial, esto creó que el Estado tuviera interés en las adopciones, pasando de ser un contrato de derecho privado a un proceso de derecho público.

Para Brena (1998):

En la adopción existe, desde luego, un interés privado, el de los adoptantes con deseos de establecer vínculos de filiación con un menor o un incapaz, el de los progenitores por naturaleza en dar en adopción a su hijo, y el del niño, niña o incapaz de encontrar un hogar que les brinde bienestar. Esta confluencia de intereses hace que la adopción no se limite a ser un negocio privado, la protección del menor es de tal importancia para la comunidad que representa uno de sus valores y objetivos de modo que ese interés individual trasciende de la esfera privada para convertirse en un interés de la sociedad y del Estado.

Con la entrada de la guerras mundiales la cantidad de niños huérfanos se disparó, y en estas épocas las guerras civiles entre otros encuentros bélicos también aumentaron, ello generó mayor cantidad de niños sin hogar; la necesidad de cumplir con los derechos de todos estos menores generó el auge más grande en la época de las adopciones, las cuales se colocaron como la oportunidad de brindarle un hijo a una familia que por algún motivo no podía tener hijos, y de forma recíproca brindarle un hogar al menor que se encontraba en esta situación de riesgo.

Durante muchos años, la adopción se vio como el mecanismo de satisfacer la necesidad de hijos de familias que por problemas de infertilidad o por la entrada en el mercado laboral de la mujer no podían procrear y el darles un hijo era una forma de consolar y una obligación del estado.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de los diferentes convenios en pro del niño, la figura de la adopción se estableció como una herramienta para asegurar el cumplimiento del derecho a desarrollarse en un hogar y tener todas sus necesidades cubiertas, actualmente esa es la idea que predomina, donde siempre debe reinar el principio superior del menor.

En la actualidad se puede decir que la adopción es un mecanismo jurídico para poder garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al menor que se encuentre sin esta para asegurar su adecuado desarrollo en los diferentes ámbitos de su vida.

En Costa Rica los primeros indicios de regulación en materia de adopción se hacen presentes el Código de Carrillo en el año 1841, posteriormente en 1886 se incorporó la materia en el Código Civil, fue hasta la entrada en vigencia del código de familia de 1873 donde se instaura por completo la regulación precisa en materia de adopción, con una última reforma en esta materia en 2012.

2.2 Concepción de la adopción en la actualidad

Definir la adopción es sencillo, y se puede conceptualizar de distintas maneras, la más sencilla corresponde a que es un proceso mediante el cual una o dos personas acogen en su familia a una persona que no pertenecía a esta, en condición de hijo y lo dotan de las mismas garantías que los hijos consanguíneos.

La Real Academia Española (2015) la define como la acción de “Recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”.

Mientras que en la doctrina dice que:

La adopción es el vínculo filial creado por el derecho. La adopción es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial. La adopción es el vínculo filial creado por el derecho (Pérez, 2010, p.131).

Sin embargo, en la doctrina también se encuentran autores que señalan la adopción como un instrumento, como es el caso de Montero citado por Brena (2005) quien la establece como una “institución jurídica que tiene por objeto crear relación de filiación entre dos personas que no son entre sí progenitor y descendiente con sanguíneo” (p.26).

También se puede ver la adopción como una forma en la que el Estado donde vive el menor que se encuentra en situación de riesgo, logra encontrarle un hogar donde desarrollarse de manera plena, y a su vez el Estado cumpliría con su obligación de asegurar el derecho del menor de tener una familia.

La Convención de los Derechos Del Niño en su numeral 21, regula la adopción y establece que:

Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

2.3 Principios de la adopción

En Costa Rica se establece una doctrina integral para la protección del menor de edad, esta doctrina de protección integral tiene como pilares los siguientes principios que se pueden encontrar en el Reglamento De Adopciones Del PANI:

a) Principio de universalidad:

Este principio establece que todos los niños, las niñas y las (os) adolescentes son sujetos de derechos, sin distinción alguna, y que todos los derechos humanos son igualmente aplicables a todas las personas menores de edad, tomando en cuenta la especial condición de personas en etapa de desarrollo.

b) Principio de integralidad de los derechos:

Este principio refiere que los derechos humanos de las niñas, los niños y las (os) adolescentes son indivisibles, interdependientes, interrelacionados, inalienables, irrenunciables y de la misma jerarquía.

c) Principio del interés superior:

Premisa fundamental de la doctrina de la protección integral, principio rector y guía para la interpretación y aplicación de la normativa de la niñez y la adolescencia, en donde prevalecen los derechos de las personas menores de edad, por lo cual las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos.

d) Principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos:

Los niños, las niñas y las (os) adolescentes son sujetos de derechos, y deben recibir el apoyo y la protección integral de los adultos, adquiriendo su autonomía en forma progresiva, según su grado de evolución y madurez.

e) Principio de participación:

Este principio garantiza el derecho fundamental de toda persona menor de edad de expresar por sí misma su propia opinión, en concordancia con su edad y madurez emocional, por lo cual las autoridades administrativas y judiciales deberán de tomarla en cuenta para la toma de decisiones.

f) Principio de igualdad de derechos y de oportunidades:

Este principio conlleva el reconocimiento de las diferencias entre las personas menores de edad, así como la igualdad de acceso a oportunidades para su desarrollo integral. Trae consigo la legitimidad de acciones reparatoras, es decir, de las protecciones especiales y los derechos específicos.

g) Principio de no discriminación:

Este principio establece que no debe existir discriminación hacia las personas menores de edad, basada en la edad, sexo, raza, idioma, religión, nacionalidad, etnia, situación económica, discapacidad, orientación sexual, entre otras, para el ejercicio de sus derechos

En la sentencia 00383 del 2010 emitida por el Tribunal de Familia establece una valoración de los principios más importantes de la adopción que se tienen en cuenta en los procesos de esta índole que se llevan a cabo en nuestro país.

Los principios más importantes que fundamentan el instituto de la adopción, a partir de la reforma de 1995 al Código de Familia. Si se observa esa regulación, se colige que la adopción establece un vínculo de filiación -una forma jurídica de ser hijo- que tiene los mismos efectos y consecuencias que el vínculo que une a los padres e hijos consanguíneos -véase artículo 102 del Código de Familia-. De ahí que una de las modificaciones relevantes que introduce la reforma de 1995, sea el reconocimiento de una forma de

adopción -cuyas características se asemejan a la de la adopción plena- que establece un vínculo de filiación con la familia adoptante, y extingue todo vínculo existente con la familia anterior; abandonándose así la clasificación de adopción plena y simple que establecía la ley anterior. El fundamento del régimen de la adopción, como lo expresa el artículo 100 del Código de Familia, es de carácter proteccionista. Partiendo de que actualmente se limita al máximo la figura de la adopción de mayores -artículo 109 inciso b) ibídem-, el carácter proteccionista de la adopción se dirige más que todo a la tutela de la familia, y específicamente, a la del interés superior del menor. Este principio que los diputados reconocen durante el proceso de aprobación de la Ley No.7538 de 22 de agosto de 1995, y que tiene asidero en lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política, influye en la elaboración de toda la legislación que se relaciona con asuntos que atañen directa o indirectamente al menor, con mayor intensidad, a partir de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, constituye un principio rector en materia de adopción, en la que el interés del menor -como expresa el artículo 137 del Código de Familia- prevalece en relación con los intereses que pudieran detentar los padres, guardadores y adoptantes. Del reconocimiento de ese principio que prioriza el bienestar del menor, surge el derecho de todo niño o niña de integrarse a una familia, como forma natural de convivencia humana. Ahora bien, la protección del menor se concreta en materia de adopción en el principio protector del menor en estado de abandono, que junto con la entrega voluntaria del niño ante el juez por causas justificadas, establecen los supuestos que determinan el estado de adoptabilidad del menor. La protección del menor desamparado o del que se encuentra en una situación que justifica suficiente y razonablemente su entrega a una persona o personas diferentes de los que ejercen la patria potestad y se encargan de su cuidado, autoriza a aplicar medios de protección subsidiarios o sustitutivos que la ley debe prever para proporcionar al niño o niña aquello de lo que carece, sea, un ambiente familiar idóneo para su bienestar y adecuado desarrollo. En ese sentido, la

naturaleza protectora de la adopción y su condición de medio subsidiario, que hace que opere en caso de que el vínculo de filiación del menor se lesiona irreparablemente por una situación de desamparo u otras circunstancias relevantes, justifican la existencia de la filiación adoptiva como un instrumento creado por el derecho para solucionar el problema del menor carente de núcleo familiar, o del que teniéndolo, experimenta un estado de abandono por el inadecuado ejercicio de las funciones de asistencia que se le deben prestar. La condición subsidiaria de la adopción también se deduce del principio regulado en el artículo 101 del Código de Familia, que reconoce el derecho de toda persona menor de edad de crecer, ser educada y atendida por su familia -principio de prioridad de la propia familia" (ver Sentencia número 97-02052 de las dieciséis horas del quince de abril de mil novecientos noventa y siete).

Además, explica sobre el carácter de subsidiariedad que tienen las adopciones, remitiéndose a las pronunciaciones de la Sala Constitucional, y las diferentes convenciones internacionales en pro del menor de edad ha manifestado que:

(...)En principio, todo menor tiene el derecho de convivir con sus padres, quienes son los responsables de velar por la satisfacción de sus necesidades, tanto materiales como morales y espirituales. La familia, como elemento natural, constituye en el sistema jurídico costarricense, el fundamento de la sociedad, hecho reconocido no sólo por la Constitución Política, sino también por instrumentos de derecho internacional vigentes en Costa Rica. Es la organización social que idealmente permite y propicia que los menores de edad logren desarrollar sus potencialidades y atributos de la mejor manera. El artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Por su parte, el

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales ("Protocolo de San Salvador", ratificado por Ley número 7907 del tres de setiembre de mil novecientos noventa y nueve) expresa que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material (artículo 15). Ya, en relación con los derechos de la niñez, dicho Protocolo indica:

... que todo niño, sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre... (Artículo 16).

Como se observa el Principio del Interés Superior de Menor es el que tiene supremacía en este proceso, porque busca que el resultado de este sea lo más idóneo para el menor que se encuentra en riesgo; es decir, este principio obliga al estado a velar por el cumplimiento de todos los derechos en pro del menor, siendo así que el derecho a la familia es uno de ellos, y la adopción un medio para llevarlo a cabo, el estado a través del poder judicial, que es en quien delega esta función, es el ente encargado de velar porque la adhesión de este a su nueva familia sea lo más indicado para su desarrollo en todos los diferentes ámbitos.

También se habla del carácter de subsidiariedad de las adopciones, lo cual es meramente un principio para que el menor no sea separado de su familia biológica; es decir, busca establecer que quienes ejerzan la patria potestad del menor sean quienes compartan vínculo sanguíneo con este, y que solo en casos muy necesarios donde definitivamente el permanecer con su familia sea más bien un perjuicio para él.

2.4 Efectos de la adopción

Debe tenerse claro que el proceso de adopción trae una serie de consecuencias no solo de carácter jurídico sino también de carácter personal. Entre ellas:

1. Se da la creación de un vínculo emocional entre el menor adoptado entre las personas que lo adoptaron.
2. El adoptante quien ejerza la patria potestad sobre el menor adoptado.
3. Los adoptados van a adquirir la nacionalidad del adoptante en el caso de que la adopción sea internacional.
5. El adoptante tiene las mismas obligaciones con adoptado, así como la que existirían con los hijos consanguíneos.

Para Pérez, M es esencial enumerar las consecuencias que se presentan tanto en el proceso como una vez efectuada la adopción, siendo que los indica como los siguientes:

- a) En todos los casos de adopción, se considerarán preferentes los intereses del adoptado sobre los de los adoptantes.
- b) El que adopta tendrá respecto a la persona y los bienes del adoptado, los mismos derechos que tienen los padres respecto de las personas y los bienes de los hijos.
- c) El adoptante o los adoptantes darán nombre y sus apellidos al adoptado.
- d) Cuando se realice un procedimiento de adopción, en todo momento deberá asegurarse, para seguridad del menor en el interés superior de la infancia que:
 - 1) Las personas y entidades, cuyo consentimiento se requiera para la adopción, han sido debidamente asesoradas e informadas por la autoridad

competente, pudiendo ser el sistema o consejo nacional, estatal o municipal de familia, sobre las consecuencias legales de la adopción y del consentimiento otorgado, en este último caso, sobre las consecuencias de la ruptura de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.

2) El consentimiento ha sido otorgado libre de vicios, ante cualquier persona, como se señaló antes, previa asesoría, y por escrito ratificado ante el juez que conozca del procedimiento de adopción. En el caso que medie urgencia, ante el agente del Ministerio Público, el que deberá entregar al juez el documento en que consta el consentimiento y la causa de la urgencia.

3) Cerciorarse que en el consentimiento para la adopción no ha habido pago o compensación alguna.

4) Cuando sea la madre que ha alumbrado al menor la que otorgue el consentimiento para la adopción, lo proporcione por lo menos veinte días después del nacimiento de su hijo.

5) El adoptante o los adoptantes, según el caso, han recibido por parte de la autoridad competente, ya sea el sistema o consejo nacional, estatal o municipal de la familia, la debida asesoría y capacitación sobre los alcances psicológicos, afectivos y jurídicos de la adopción.

6) En el caso de las madres menores de edad, no emancipadas, el consentimiento otorgado se haga conforme a lo establecido a la ley, es decir, con el consentimiento de aquellos que ejercen la patria potestad o la tutela.

7) Las autoridades velen y provean al menor sujeto a adopción, un hogar y condiciones para desarrollarse integralmente, con calidad de vida y en un medio familiar armonioso y saludable.

8) Desde la solicitud, durante el trámite y hasta que éste concluya, el o los adoptantes deben probar que gozan de salud física y emocional para cumplir

con las funciones que el ejercicio de la maternidad y /o la paternidad derivada de la adopción exigen.

e) El trámite para celebrar las adopciones deberá realizarse ante el juez de lo familiar o de primera instancia del lugar en que resida el o los adoptantes.

f) El trámite de adopción quedará concluido en el momento que cause ejecutoria la resolución del juez que conoce de la causa, en el procedimiento correspondiente.

g) El juez que apruebe y resuelva sobre la adopción, remitirá una copia de las actuaciones en el procedimiento y de la resolución al juez del registro civil para que levante las actas correspondientes.

h) El sistema o consejo nacional, estatal o municipal de la familia, en todos los casos de adopción, deberá darle seguimiento a la misma, desde que aprobada, con objeto de vigilar que se cumpla con los fines para los que se otorgó, tomando en su caso las medidas que sean necesarias para lograrlo.

i) Cuando el sistema o consejo nacional, estatal o municipal de la familia lo considere pertinente, podrá solicitar al juez que conozca del proceso de adopción, otorgue en forma temporal la custodia del futuro adoptado a los adoptantes, para lo cual éstos deberán haber cubierto todos los requisitos de ley. El juez deberá resolver de plano.

Además, se debe recalcar que la adopción trae consigo una serie de efectos legales, estos efectos se encuentran contemplados en el numeral 102 del código de familia. El cual establece como efectos lo siguiente:

a) Entre los adoptantes y los adoptados se establecen los mismos vínculos jurídicos que unen a los padres con los hijos e hijas consanguíneos. Además, para todos los efectos, los adoptados entrarán a formar parte de la familia consanguínea adoptante.

b) El adoptado se desvincula, en forma total y absoluta, de su familia consanguínea y no se le exigirán obligaciones por razón del parentesco con sus ascendientes o colaterales consanguíneos. Tampoco tendrá derecho alguno respecto de esos mismos parientes. Sin embargo, los impedimentos matrimoniales por razón del parentesco permanecen vigentes con respecto a la familia consanguínea. Asimismo, subsisten los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, cuando el adoptado sea hijo o hija del cónyuge del adoptante.

c. En lo concerniente al término y la suspensión de la patria potestad, para la adopción regirá lo estipulado en este Código.

2.5 Tipos de adopciones que existen

La adopción tiene diferentes clasificaciones según la doctrina, las autoras González, y Rodríguez (2001) habla de la simple y de la plena, estableciendo que: “La adopción simple establece vínculos filiatorios entre adoptante y adoptado pero no con el resto de la familia del adoptante ya que la vinculación jurídica con su familia con sanguínea continúa para efectos alimentarios y sucesorios.”

Y a su vez definen que:

La adopción plena, en cambio, reconoce además de los vínculos filiatorios entre el menor adoptado y el adoptante los de aquél con respecto de toda la familia de éste. Esta total incorporación permite el rompimiento de los lazos parentales consanguíneos del menor pero la integración al grupo familiar del adoptante (González y Rodríguez, 2001).

En Costa Rica propiamente se encuentra la definición de adopción establecida en el artículo 100 del Código de Familia que dice:

La adopción es una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija.

Como se puede ver, en Costa Rica el tipo de adopción que se regula es la plena por la desvinculación completa por parte del menor adoptado con su familia biológica, y entra en una filiación con el adoptante y los miembros de la familia de esta.

Este país establece distintas clasificaciones para las adopciones, podemos encontrar las directas y las indirectas, que estas a su vez pueden ser conjuntas o individuales, nacionales o internacionales.

1. La Adopción Indirecta: es la que se encuentra regulada en el Código de Familia, en la ley de adopciones y en el reglamento de procesos de adopciones nacional e internacional. Esta adopción es la que se realiza a través del ente estatal que estableció el gobierno (PANI), en estas adopciones es la institución quien se encarga de ubicar al menor en una familia adoptante, luego de que esta pasara por el proceso pertinente.
2. La Adopción Directa en cambio no está sujeta a regulación, sino que es llevada a cabo a través de notarios el depósito de la persona menor de edad sin regulaciones más que las establecidas para actos notariales en el Código Notarial y llevadas a sede judicial para la declaratoria de abandono y posteriormente la realización de la adopción, estas adopciones son un acuerdo donde los padres biológicos, que por diferentes razones se ven imposibilitados de brindarle al menor un desarrollo integral, deciden darlo en adopción siendo ellos mismos quienes escogen directamente a los adoptantes, y se realiza la respectiva tramitación judicial.

El Tribunal de Familia en la sentencia 383-10 establece:

(...) adopción directa. En este tipo de adopción el consentimiento de la madre y la voluntad de desprendimiento y entrega de su hijo tiene necesariamente que mantenerse durante toda la tramitación del proceso hasta el dictado del fallo, de lo contrario no es posible la aprobación de este específico tipo de adopción. Precisamente por ello el legislador es especialmente cuidadoso en exigir antes del dictado de la sentencia la presencia de la madre biológica al Juzgado, en forma personal, ... para explicarle sus derechos y los alcances de la adopción, y que sea el juez(a) quien, mediante la inmediatez, obtenga la expresión de su voluntad libre, manifiesta y actualizada a ese momento.

Ambas adopciones son de carácter pleno, estas son aquellas en las que el menor adoptado obtiene los mismos derechos y deberes con respecto de su nueva familia tal y como si fuese un hijo biológico de la persona que lo adopte, tal y como se establece en el Código de Familia en su numeral 100 donde dice que el proceso de adopción: "Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija.", y pierde todo vínculo que lo ligue a su antigua familia biológica.

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que en Costa Rica las adopciones de carácter simple no se dan, estas serían aquellas donde los vínculos con la familia biológica se conservan, y el adoptante solo adquiere una serie de deberes con respecto del adoptado

En este caso las adopciones pueden ser en forma conjunta o individual, nacional o internacional y se define cada una respectivamente como:

- a. Adopción Individual cuando se trate de un adoptante es único.

- b. Adopción Conjunta es la que se hace a solicitud de los cónyuges y donde será necesario que demuestren su convivencia junta y la existencia de un hogar estable.

- c. Adopción Nacional: cuando los adoptantes son de origen Costarricense y el menor de edad va a vivir en el territorio costarricense.
- d. Adopción Internacional: se da únicamente en los casos que el menor no han podido ser ubicado con algún adoptante costarricense, y se le ubica en familias que viven fuera del país, siempre respetando los convenios establecidos con otros países.

2.6 Regulación de las adopciones en Costa Rica

En nuestra legislación el instituto jurídico de la adopción está regulado en distintos cuerpos normativos el Código de Familia, La Ley de Adopciones y El Reglamento para los procesos de adopción nacional e internacional.

a. Código de Familia

La Ley N° 5.476 conocida más popularmente como el Código de Familia fue creado en diciembre de 1973, y entró en vigencia al año siguiente, en este cuerpo normativo se regula todo lo referente a materia de familia, pero no fue hasta la reforma del año 1995 que se introdujo propiamente la regulación de la adopción como se conoce actualmente, como esta crea una filiación, este código regula en el capítulo VI todo lo respectivo a materia de adopciones bajo el título de filiación por adopción.

Este capítulo está compuesto por 39 artículos, que tratan desde la concepción de la adopción con las características de las adopciones plenas, requisitos de los adoptantes y el adoptado, el proceso de declaración de abandono y el proceso de adopción en vía judicial.

Además en el año 2012 se presenta una serie de reformas a los artículos 109 inciso c, 109 bis, 109 ter. y el 113, el primero con lo respectivo a la entrega voluntaria del menor de edad, donde el PANI deberá ser informado y este deberá valorar las razones y la libertad de la voluntad de los progenitores, el 109 bis donde se solicita la declaratoria de

adoptabilidad por parte del consejo Nacional de adopciones para todas las adopciones de carácter internacional, el 109 ter se establece el seguimiento post-adopción y por último el artículo 113 establece el dictado de declaratoria de adoptabilidad del menor de edad por parte del PANI

b. Reglamento de procesos de adopción nacional e internacional

En este reglamento es del Patronato Nacional de la Infancia y en él se desarrolla el funcionamiento del Consejo Nacional de Adopciones y el trámite en vía administrativa de las adopciones nacionales e internacionales

c. Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño

En este convenio se regulan todos los compromisos que tienen el Estado en lo referente a toda su población menor de edad y da una serie de puntualizaciones acerca de la adopción como la importancia de la subsidiariedad. Fue firmado por Costa Rica en el año 1990.

d. Ratificación del Convenio Relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional

Firmado en el año 1995 por Costa Rica, con este convenio se fijó el procedimiento en materia internacional que garantice el interés superior del niño, procurándole su derecho a la familia a través de la adopción internacional, cuando el niño no puede mantenerse con su familia biológica y no le ha sido posible ubicarle en su país de origen.

Además, da como resultado que ningún Estado procederá con una adopción internacional si el país de donde proceden los adoptantes, que se convertirá a futuro en el país receptor del menor, no cuenta con las mismas garantías que el país de procedencia de este, además de obligar a una exhaustiva investigación en lo referente a los adoptantes.

2.7 Requisitos para ser adoptado

a. Artículo 109 del Código de Familia

El código de familia en su Artículo 109, establece los requisitos obligatorios que debe tener el menor de edad para poder considerarse que se dé en adopción. Es importante hacer esta referencia debido a que no todos los niños que se encuentran en la tutela del PANI son adoptables.

El primer inciso de este artículo indica que únicamente:

Las personas menores de edad declaradas judicialmente en estado de abandono, excepto cuando un cónyuge adopte a los hijos menores del otro, siempre y cuando el cónyuge con quien viven los menores ejerza, en forma exclusiva, la patria potestad.

En este inciso se hace referencia al estado de abandono del menor, que es un proceso pre adoptivo, sobre el cual se ahondará más adelante, pero que es un requisito esencial para dar paso a un proceso de adopción efectivo.

Y por último, el artículo transcrito se habla sobre los menores de edad dados de manera voluntaria por sus padres, y se manifiesta lo siguiente:

c) Las personas menores de edad cuyos progenitores en el ejercicio de la autoridad parental, inscritos como tales en el Registro Civil, consientan ante la autoridad judicial correspondiente la voluntad de entrega y desprendimiento y, que a juicio de dicha autoridad medien causas justificadas, suficientes y razonables que la lleven a determinar este acto como lo más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad

En las adopciones nacionales indicadas en el inciso c) de este artículo, el juez competente ordenará las medidas de protección en aras del interés

superior de la persona menor de edad. Asimismo, ordenará al PANI que, dentro del plazo de dos meses contado a partir de la notificación judicial respectiva, valore las razones y condiciones psicosociales de los progenitores, verifique la existencia del consentimiento libre e informado y realice las acciones necesarias para agotar las posibilidades de ubicación de la persona menor de edad con su familia biológica extensa o afectiva.

Una vez emitidos los informes respectivos, el PANI, mediante el funcionario competente, declarará o no que la o las personas menores de edad son adoptables, mediante una declaración de adoptabilidad, que deberá remitir a la autoridad judicial junto con los informes técnicos, dentro del plazo de un mes.

El juez competente decidirá la ubicación provisional de la persona menor edad, mediante resolución debidamente justificada y tomando en cuenta la voluntad de los progenitores al consentir la entrega del adoptando, así como la voluntad de la persona menor de edad, cuando pudiere manifestarla. Asimismo, podrá solicitar, mediante resolución debidamente razonada, cualquier otra diligencia que considere pertinente, en caso de que exista duda razonable con respecto a la filiación del o los progenitores y la persona menor de edad.

Constatada la inexistencia de la filiación, el juez desestimaré la solicitud de entrega y determinará la ubicación definitiva de la persona menor de edad, conforme al proceso de protección en sede judicial que señala la Ley N.º 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998.

Este último inciso hace referencia a este tipo de adopciones directas, este es el único artículo que refiere directamente a las adopciones donde la entrega del menor por parte de los progenitores debe ser de forma voluntaria, sin embargo, establece un plazo de un mes para que el PANI refiera un informe técnico acerca de la adoptabilidad o no del menor, este

debe ser remitido a la autoridad judicial, no obstante este plazo es ilusorio, ya que como se ha venido mencionando a lo largo de esta investigación, la duración del proceso para que un menor sea declarado como sujeto de adopción, es sumamente extensa, ya sea por exceso de sobrecarga de expedientes en dicha institución o por inercia de la misma.

Sobre el tema, la sentencia 330 del año 2002 el Tribunal de Familia rescata la forma de operación de las adopciones directas y la importancia del consentimiento durante todo el proceso estableciendo:

La filiación por adopción para el caso de menores de edad, opera con respecto a los niños no sujetos a autoridad parental o sujetos a ella. En éste último caso, es indispensable que los padres registrales expresen ante juez competente, su voluntad de entrega y desprendimiento. Además, el juzgador necesariamente debe informarles claramente cuáles son los efectos de la adopción. En caso de adopción de personas menores de edad sujetas a patria potestad, no es posible soslayar la intervención directa de los padres registrales, de forma que para ellos no se aplica el plazo para oposiciones al que se refiere el edicto. Ese plazo fue establecido para oposición de terceros, mientras que los padres registrales son interesados.

Un punto importante de recalcar acerca de la sentencia anteriormente transcrita, son los efectos que tiene para la familia biológica del menor dado en adopción, pues una vez efectuada, estos perderán todo vínculo y ejercicio de la patria potestad con el menor de edad y no podrán hacer ningún proceso para recuperarlo en el futuro, debido a ello el juzgador se ve obligado a comunicarle a los progenitores los efectos de la sentencia y además es la razón por la que se solicita la presencia de los progenitores en la audiencia final para efectuar la adopción.

Asimismo, se añaden a las obligaciones del juez que éste también debe procurar que los futuros padres adoptivos cumplan con los parámetros de idoneidad para la adopción de la persona menor de edad, los cuales serán expuestos en el siguiente apartado.

b. Declaratoria de Abandono y Declaratoria de Adoptabilidad

La Declaratoria Judicial de estado de abandono, como requisito indispensable para la adopción, le da el carácter de adoptabilidad al menor de edad y esta declaración es una resolución otorgada en vía judicial la cual establece que una persona menor de edad se encuentra en situación de desprotección, desamparo y/o riesgo social, dada esta situación no se le puede brindar los medios necesarios para satisfacer sus necesidades básicas tanto de carácter material como físicas y morales, al haberse presentado un incumplimiento de los deberes de autoridad parental por parte de sus padres biológicos ya sea porque perdieron el ejercicio de la Patria Potestad o porque voluntariamente renuncian a ella, como es el caso de las adopciones directas.

Es decir, para efectuar una adopción indiferentemente del tipo y modalidad que sea se tramite, es requisito *sine qua non* la expresa declaración de abandono del menor por parte de los tribunales correspondientes, esto con el fin de garantizar seguridad al proceso, anular el ejercicio de la patria potestad de los padres biológicos y otorgarla a los nuevos padres, quienes serían los adoptivos, y a su vez se cumple con la adopción plena donde se corta con todo vínculo con la familia proveniente, asegurándole al adoptado la igualdad de condiciones que podrían tener los hijos consanguíneos de sus padres putativos.

El concepto de la declaratoria se encuentra facultado en el artículo 160 del código de familia donde se establece:

Se entenderá que la persona menor de edad se encuentra en estado de abandono cuando:

- a. Carezca de padre y madre conocidos.
- b. Sea huérfana de padre y madre y no se encuentre bajo tutela.

c. Se halle en riesgo social debido a la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales, morales, jurídicas y físico afectivas, a causa del descuido injustificado por parte de quienes ejercen legalmente los derechos y los deberes inherentes a la patria potestad.

La pobreza no constituye por sí misma un motivo para declarar el abandono.”

En este sentido, se puede concluir que para la toma de decisión en cuanto al inciso c) del artículo 160 del código de familia, se habla de un abandono en términos materiales y uno en términos morales o psicológicos; el primero se refiere al incumplimiento de los deberes alimentarios, donde no se satisfacen las necesidades del menor tales como: alimentación, vestido, atención médica, educación y habitación, por un tema de negligencia, el cual está intrínsecamente vinculado al segundo punto, el cual va encaminado al ambiente donde se desarrolla el menor, así como las muestras de cariño que puede recibir de sus padres, incluyendo en esto a la carencia de las mejores condiciones materiales y la falta de la atención necesaria en cuanto a su desarrollo emocional, lo cual influye de manera integral en el desarrollo de la personalidad del infante.

En este sentido el tribunal de familia en la sentencia número 00774 del 2012 estableció los pilares normativos para poder llevar a cabo la declaratoria de abandono del menor con fines de adopción:

La declaratoria de abandono o estado de vulnerabilidad pretende proteger a las personas menores de edad que se encuentran en situación de riesgo social, sea por maltrato, descuido o desinterés de sus progenitores en el cumplimiento de sus obligaciones parentales.

Ciertamente, se trata de una medida extrema y como tal constituye la última ratio, por lo que se deben agotar otras alternativas antes de su eventual disposición.

El fundamento supra legal de la declaratoria de abandono se encuentra los artículos 3, 18, 19 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que a la letra dicen:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Y son los numerales 19 y 39 de dicha Convención los que se refieren a las medidas cuando se da una situación de abandono de personas menores de edad"

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño. "

En cuanto a la legislación ordinaria el numeral 160 del Código de Familia establece, en lo que interesa, lo siguiente:

...Se entenderá que la persona menor de edad se encuentra en estado de abandono cuando:

a. ...

b. ...

c. Se halle en riesgo social debido a la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales, morales, jurídicas y psicoafectivas, a causa del descuido injustificado por parte de quienes ejercen legalmente los derechos y los deberes inherentes de la patria potestad.

La pobreza no constituye por sí misma motivo para declarar el estado de abandono.

Sobre este último punto relativo a la pobreza, los jueces han hecho énfasis en que la situación de crisis económica familiar no constituye "*per se*" un alegato suficientemente sólido para considerar la separación de la persona menor de edad de su vínculo consanguíneo, pues un problema económico puede ser temporal y superable sobre todo tratándose de que el mismo Estado brinda asistencia económica a familias en estado de pobreza extrema a través de instituciones como el instituto de Instituto Mixto de Ayuda

Social (IMAS), Instituto Nacional De La Mujer (IMANU), Redes de Cuido, la Dirección Nacional De Centros De Educación y Nutrición y Centros Infantiles De Atención Integral (CEN□CENAI), etc.

Las personas que pueden solicitar la declaratoria judicial de abandono de un menor de edad son aquellas que estén interesadas en el depósito o adopción de esta persona. En el caso de las adopciones indirectas, esta petitoria de la declaratoria la lleva acabo el PANI, y en las adopciones directas la solicita el adoptante ante el juez de familia.

Se puede afirmar que este proceso es pre adoptivo, es decir, previo a la declaratoria de adoptabilidad del menor y por tanto es de suma importancia analizar el riesgo social que enfrenta el menor de edad y el interés superior del menor al ser " en listado " para ser adoptable.

Con respecto a la relevancia de la declaratoria de abandono el Tribunal De Familia a determinado en la sentencia número 00838 del 2018

En efecto, es fundamental tener presente que el proceso de declaratoria de abandono de personas menores de edad es en realidad un proceso que se puede denominar o calificar como "pre adoptivo", si bien es cierto que el legislador diseñó la declaratoria de abandono y la adopción como dos procesos autónomos es innegable que el objetivo principal de la declaratoria de abandono es dar paso posteriormente a un proceso de adopción, precisamente por eso uno de los efectos de ese proceso es la terminación de la autoridad parental, con efectos de cosa juzgada material, lo cual es indispensable en aras de la Seguridad Jurídica para todos los involucrados, en otras palabras, a diferencia de otros procesos, una vez decretado el abandono por sentencia firme los progenitores no podrán recuperar la autoridad parental para que los menores puedan ser adoptados posteriormente. Nótese además en apoyo de estas afirmaciones que la declaratoria de abandono está diseñada en el capítulo VI del Código de

Familia, relativo a la filiación por adopción, luego de las disposiciones generales (artículos 100 al 114) se desarrolla la declaratoria de abandono de las personas menores de edad (ordinales 115 a 124) y luego el procedimiento de adopción (numerales 125 a 139). Es oportuno destacar que para poder considerar una eventual adopción, con todas las consecuencias jurídicas, tiene necesariamente que haberse agotado las posibilidades de ubicar a los menores con otros familiares como lo establece por ejemplo el artículo 34 del Código de la Niñez y la Adolescencia:" Separación del menor. La medida de protección tendiente a remover temporalmente del seno familiar a la persona menor de edad sólo se aplicará, cuando la conducta que la originó sea atribuible a alguien que conviva con ella y no exista otra alternativa.

Como se observa en la sentencia expuesta anteriormente, la finalidad de la declaratoria de abandono es darle paso a la adopción, por esta razón es indispensable que el juzgador sea muy cauteloso a la hora de tomar la decisión por cuanto todos los resultados repercuten directamente en el futuro del menor, de ahí la trascendencia del entorno de vida y las conductas de los progenitores, las cuales deben ser profundamente analizadas por un trabajador social y un profesional en psicología quienes darán los insumos necesarios al juzgador para que finalmente emita una sentencia.

El Tribunal de familia en la Sentencia: 01314 del 2010 habla de la importancia de la observancia de las conductas parentales

VII.-

En general, a la hora de definir el contenido de la noción de abandono, la doctrina coincide en poner el acento en la voluntad del padre o de la madre. Eduardo A. ZANNONI [Derecho Civil. Derecho de Familia, Buenos Aires: Editorial Astrea, Tomo 2, segunda reimpresión de la segunda edición, 1993, p. 766] estima que lo fundamental es analizar la conducta del o de la

progenitora responsable, debido a que las obligaciones emergentes de la autoridad parental son personalísimas, indelegables e intransferibles. En consecuencia, aquella debe ser valorada con independencia de que el niño o la niña haya sido cuidado o cuidada por el cónyuge o por los parientes (ver, al respecto, el voto de la Sala Segunda n.º 244-98, de las 14:30 horas del 23 de setiembre de 1998). Para Hugo CHARNY [Abandono de Hijos, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires: Driskill S. A., tomo I, A, p. 33], el abandono implica una actitud negativa, un no preocuparse, sea en lo material o en lo moral. De acuerdo con Marta HERMOSILLA VALENCIA [En Ricardo González (compilador), Abandono y adopción de menores de edad, San José: Escuela Judicial, 1999, p. 73], ese vocablo hace referencia “(...) al descuido de aspectos físicos, materiales de su cuidado y/o (sic) carencia afectiva, niño (sic) que no es querido, ambas se encuentran generalmente relacionadas, en clases sociales bajas se encuentra que la falta de cariño lleva al descuido de los aspectos materiales, sin embargo es posible encontrar en las clases altas, niños (sic) muy bien cuidados en lo material, que están faltos de afecto. Además existe el peligro moral, la exposición a valores o conductas que puedan desviar al niño (sic) de lo consensualmente aceptado como norma de conducta.” Por su parte, en el voto n.º 1472-05, de las 8:10 horas del 4 de octubre de 2005, esta Cámara puntualizó que el riesgo social “(...) es comprensivo de diversas situaciones, que conllevan todas a la idea de desprotección o desamparo en el que el menor (sic) se encuentra, que inciden en el desarrollo de su personalidad tanto en el plano físico como emocional. Es un estado de carencias físicas y morales, que resultan difíciles de establecer sin que el estado de pobreza sea una causal de abandono. Dicha disposición legal es producto de los artículos 3, 18, 19 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niños, y más recientemente, la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia, con rango superior a la ley común y que enmarca la normativa de la mencionada Convención, a nivel nacional, dándose así, el marco de protección integral, a los niños y adolescentes víctimas de las carencias

derivadas del trato negligente o abandonico de sus padres, el cual se logra en nuestro ordenamiento interno con la figura de la declaratoria de abandono, definida en el artículo 160 mencionado supra, sin que la pobreza constituya por sí misma motivo para declarar el estado de abandono.” (Voto n.º 1472-05, de las 8:10 horas del 4 de octubre de 2005). En un fallo posterior, el n.º 257-96, de las 9:20 horas del 15 de mayo de 1996, indicó que “(...) el abandono constituye el desprendimiento de los deberes del padre o de la madre, es decir la abdicación total de los deberes de crianza, alimentación y educación que impone la ley, y no simplemente el cumplimiento más o menos irregular de los deberes resultantes de la patria potestad o de condiciones económicas desfavorables. Es necesario que exista una conducta de total desamparo y de absoluta indiferencia o despreocupación frente a la realidad de los niños (sic).” Como puede apreciarse, se hace énfasis en el comportamiento paterno o materno (descuido injustificado) y no tanto en la desprotección o desamparo del hijo o de la hija (el riesgo social), aunque esta situación sea el presupuesto de aquel. No obstante, es fundamental tener en cuenta tanto la posición jurídica de las personas adultas como, por supuesto, la de quien está sujeta a su autoridad parental. (...).

De lo anterior se concluye que abandono constituye el desprendimiento de los deberes del padre o de la madre, tanto en cuanto a protección, formación, en la satisfacción de sus necesidades materiales básicas y en la satisfacción de sus necesidades afectivas; por lo tanto, la conducta a evaluar por parte de los tribunales es integral, es decir material, psicoafectiva y de protección; abarca aquellos casos en que los padres se desentienden completamente de sus deberes y obligaciones, y como resultado final, la sentencia es dirigida a que sus progenitores sean separados de sus deberes de satisfacer sus requerimientos básicos de cuidado, asistencia, protección, seguridad y representación jurídica, al no haberlos ejercido y cumplido a cabalidad en tiempo y forma, tal y como

establece el Código de Familia, el Código de Niñez y Adolescencia, la Constitución Política y demás cuerpos normativos concordantes.

Una vez declarado el estado de abandono con fines adoptivos es imposible que se logre la restitución de la patria potestad a los a padres biológicos así establecido en el artículo 163 del código de familia:

Cuando haya cesado el motivo de la suspensión o de la incapacidad, el suspenso o el incapacitado recobrará los derechos de la patria potestad, mediante declaratoria expresa de Tribunal que lo rehabilite, siempre y cuando la persona menor de edad no haya sido declarada judicialmente en estado de abandono con fines de adopción.

Es menester señalar que para las adopciones el numeral transcrito en la práctica para el caso en concreto de las adopciones directas, no se respeta la parte del artículo que indica que una vez emitida la sentencia de declaratoria de abandono, no se puede restituir la patria potestad, porque aún en dicha oportunidad procesal la madre de la persona menor de edad tiene la posibilidad de retractarse en su consentimiento de entregarla en adopción, dicha posibilidad de retractarse se mantiene hasta que la sentencia de adopción se encuentre en firme.

Se debe en este aspecto hacer la aclaración de que el proceso de declaratoria de abandono del menor ejecutado para las adopciones directas para nada debe confundirse con el delito de abandono de menor tipificado en el Código Penal en el numeral 142 donde se habla del abandono de una persona incapaz de valerse por sí mismo y en el 143 se habla del abandono de un recién nacido con no más de 3 días de nacido, cuando la madre quiera ocultar su deshonra.

El tema de la declaratoria de abandono esta intrínsecamente ligado al de la declaratoria de adoptabilidad, que es una declaración realizada en sede administrativa por el ente a cargo de la protección de los menores de edad en este caso el PANI, en el cual se constata que, para todos los efectos, el niño es apto para que se proceda con su declaratoria de abandono y posterior adopción.

Sin embargo, en materia de adopciones directas se ha dado un conflicto sobre quien es el encargado de emitir la declaratoria de adoptabilidad, ya que no se está hablando de un niño que se encuentra institucionalizado, por lo que el PANI no tiene autoridad sobre este, y así como también se ha establecido que en estos casos el consentimiento de los progenitores para efectuar la adopción debe de valer como declaratoria.

En este sentido en el Tribunal de Familia en el 2012 emitió el voto 00072 su criterio al respecto.

(...) Es conveniente transcribir algunas de las consideraciones del Tribunal constitucional sobre el principio de subsidiariedad y la declaratoria de adoptabilidad:

"Sin embargo, analizando los alcances del Derecho de nuestra Constitución Política, la normativa internacional en cuestión, e incluso la normativa legal se llega a conclusiones totalmente diversas a las que mantiene la jurisprudencia en cuestión, pues: En primer lugar, la Convención de los Derechos del Niño no hace distinción alguna en torno a la aplicación a los niños "institucionalizados" o a la entrega directa de los padres biológicos a los padres adoptivos. En efecto, el artículo 21 inciso a) es claro en torno a que la declaratoria de adoptabilidad de los menores de edad dictada por la autoridad competente debe otorgarse en cualquier caso, incluidos aquellos en los que, además, se requiera el consentimiento expreso de los padres del menor (adopción directa). Asimismo, dicha Convención hace referencia al principio de subsidiariedad, en el artículo 21 inciso b, así como a la obligación de que el niño que sea sujeto de adopción internacional tenga las mismas salvaguardias y procedimientos que el niño adoptado en forma nacional... el verdadero alcance y precisión de la “declaratoria de adoptabilidad” y la garantía del “principio de subsidiariedad”, pues aplicarlos y exigirlos no supone ni implica que el niño deba ser institucionalizado.(...)

Esta sentencia anterior sigue lo establecido en el código de familia en su numeral Artículo 109 bis " Cuando se trate de adopciones internacionales, el órgano competente del Patronato Nacional de la Infancia, para dictar el acto administrativo que declara la adoptabilidad internacional, será el Consejo Nacional de Adopciones", y el conflicto que emana de esta normativa se da debido a la situación de institucionalidad del menor y sobre quien tiene la patria potestad al momento de emitirse el criterio de idoneidad para efectuarse la adopción.

Bajo ese mismo lineamiento del artículo 109 bis, en el 2016 el Tribunal de familia en el voto 1233 emitió un criterio contrario a lo expuesto anteriormente establecido, y es que ahora su pensar es el siguiente

(...) En otras palabras, solamente en el caso de adopciones nacionales o internacionales de niños institucionalizados o promovidas por el mismo Patronato Nacional de la Infancia, es que éste, por medio del acto administrativo que emana de dicho Consejo, en el que se designe cuál de sus representantes legales deba comparecer ante el Juez de Familia, a otorgar dicho consentimiento. En este sentido, cabe aclarar que no sólo por ser un Profesional en Derecho y estar designado como abogado de la institución, el representante regional o local del Patronato Nacional de la Infancia, es a su vez, representante " per se " de la Autoridad Central Administrativa (Consejo Nacional de Adopciones), sino que se requiere necesariamente que exista una delegación expresa de tales atribuciones, para facultarlo para comparecer a otorgar el consentimiento en la adopción, mediante el acto administrativo previo emanado de dicho Consejo, a fin de que dicho consentimiento sea válido, contrario al criterio vertido supra, en tanto que es la madre en el ejercicio pleno de la autoridad parental, quien en forma libre, soberana e independiente, otorga ante el Juez competente, el consentimiento en la adopción.- VII- Igualmente, debe quedar claro también que la

declaratoria de adoptabilidad en los casos en que se requiere, compete, única y exclusivamente, dictarla, al Consejo Nacional de Adopciones, mediante el acuerdo respectivo. Esta adoptabilidad se refiere al requisito contenido en el artículo 16 del Convenio en concordancia con el artículo 113 del Código de Familia, el cual es un requisito necesario y propio para la aprobación de las adopciones internacionales y nacionales de los niños institucionalizados, quedando por fuera este presupuesto, para las adopciones directas...(…)

Es importante rescatar de esta última que, en efecto, por no tratarse en las adopciones directas de niños institucionalizados, no debería por qué recaer en el Consejo Nacional de Adopciones, la toma de decisiones al respecto de la adoptabilidad ya que aún el menor se encuentra bajo el ejercicio de la patria potestad sus progenitores y no debería nadie más que ellos tomar la decisión sobre si es factible o no la adoptabilidad de este.

Además, en virtud de lo establecido en el artículo 36 inciso 1 del reglamento para los procesos adopciones nacionales e internacionales se establece que la competencia del PANI es únicamente cuando el infante se encuentre en tutela de esta institución en un albergue autorizado:

Para la declaratoria de adoptabilidad de una persona menor de edad, el apoderado general judicial y Administrativo de la oficina local competente, deberá determinar que se cumplan los siguientes requisitos:

1. que se encuentre bajo la custodia y protección del PANI, o de otras organizaciones privadas dedicadas a atender a la niñez y adolescencia.”

En consonancia con lo anterior la Autora Nadia Fonseca Chacón, en su tesis se refirió al tema:

Por un lado, la declaratoria de adoptabilidad que realiza el PANI se da en virtud de una situación de desamparo del menor de edad y al ser el Patronato

el ente encargado de velar por su bienestar, protegerlo y abogar por sus derechos, la ley por medio de su Reglamento lo faculta para realizar esa declaratoria; sin embargo, por otro lado, al tratarse de la Autoridad Parental de los progenitores, hay una expresión atinente a la Autonomía de la Voluntad en virtud de esa Autoridad y no existe una situación de abandono de ese menor, no se trata de personas menores de edad que se encuentran bajo la custodia y protección del PANI u otra institución privada dedicada a la atención de menores de edad en situaciones de riesgo, tal y como taxativamente lo dispone el artículo 36 del Reglamento de Adopciones de esa Institución.” (2012), trabajo de graduación “Análisis de los Principios de Autonomía de la Voluntad y Subsidiariedad en la Adopción Internacional por Entrega Voluntaria (pág. 80).

Además de lo ya señalado para los casos de declaración de adoptabilidad, en relación con las conductas parentales, es importante señalar que la normativa establece una serie de requisitos de elegibilidad a los potenciales padres putativos, los cuales no pueden ser desestimados ni uno solo de ellos, pues sería volver a colocar al menor en una situación de igual o mayor riesgo social.

2.8 Requisitos para ser adoptante

Tanto para las adopciones directas como las indirectas el código de familia en su numeral 106 establece los requisitos para que una persona pueda apersonarse como adoptante. Estableciendo como requisitos necesarios lo siguiente:

- a. Poseer capacidad plena para ejercer sus derechos civiles.

- b. Ser mayor de veinticinco años, en caso de adopciones individuales. En adopciones conjuntas, bastará que uno de los adoptantes haya alcanzado esta edad.
- c. Ser por lo menos quince años mayor que el adoptado. En la adopción conjunta, esa diferencia se establecerá con respecto al adoptante de menor edad. En la adopción por un solo cónyuge, esa diferencia también deberá existir con el consorte del adoptante.
- d. Ser de buena conducta y reputación. Estas cualidades se comprobarán con una prueba idónea, documental o testimonial, que será apreciada y valorada por el Juez en sentencia.
- e. Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud, que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.

No obstante, la existencia de los requisitos legales para la adopción, indistintamente de su modalidad, el estado costarricense estableció un instituto encargado de velar por el cumplimiento de la normativa en esta importante y delicada tarea y para ello se creó el Patronato Nacional de la Infancia (PANI); esta es la institución rectora en materia de derechos de la niñez y la adolescencia, creado el 15 de agosto de 1930. Su carácter de ente gubernamental se da en el artículo 55 de la Constitución Política, que indica que "La protección especial de la madre y el menor estará a cargo de una Institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de otras instituciones del Estado"

Entre los objetivos del PANI esta velar por el completo desarrollo del menor de edad, y dado a esto es que se le encarga la misión de velar por aquellos niños en riesgo social y en estado de abandono; este es el ente competente para realizar las adopciones de los menores que se encuentran en su resguardo, sin embargo, como se ha desarrollado anteriormente, no es la única vía para realizar adopciones en Costa Rica.

2.9 Procesos de adopción

Tanto en el reglamento para procesos de adopciones nacionales e internacionales, como en el código de familia desarrollan las etapas procesales del proceso de adopción.

a. Adopción Indirecta Mediante El PANI

La adopción a través del PANI es un proceso que cuenta con tres etapas procesales, estas etapas son realizadas por diferentes entes, todo con el fin de otorgarle una familia al menor donde este se pueda desarrollar de la mejor forma, y evitar que se siga desarrollando en un ambiente de carencias.

1) Etapa Administrativa

En esta etapa se busca hacer un análisis social, psicológico y legal de las personas que se postulan como adoptantes con la finalidad de buscar los hogares más idóneos para cada menor en estado de adaptabilidad.

a. Fase Pre- adoptiva

- I. Entrevista y solicitud de adopción: en esta etapa se realiza una entrevista a los postulantes y se le informa de forma general de los niños disponibles, si los solicitantes siguen interesados en realizar una adopción se les abre un expediente que contendrá los documentos solicitados por el PANI y a su vez deberán realizar un taller sobre la adopción.
- II. Determinación de Idoneidad: en esta etapa se hacen las evaluaciones de los solicitantes por parte de un psicólogo o trabajador social para constatar que los solicitantes cumplen los requisitos para convertirse en adoptantes. Este informe pasara al abogado representante de la institución quien deberá revisar la documentación y resolverá si el solicitante es apto para adoptar, de ser una resolución favorable, el expediente pasara al banco de familias elegibles para que participen en la selección.
- III. Compatibilidad: en esta etapa el Consejo de Adopciones del PANI se reúne y dictaminara con que familia se va ubicar respectivamente el menor.

Realizada la escogencia para la ubicación del menor, el consejo dictara el acuerdo respecto de la ubicación.

Posteriormente se le solicita a la familia seleccionada una reunión, en esta se le informa de las características del menor y su historial de vida y sin enseñársele fotografías del menor, estos deberán tomar una decisión teniendo como opción las siguientes variables.

- No aceptar a ese menor y no seguir en el banco de familias para una futura elección.
- No aceptar a ese menor, pero seguir en el banco de familia para una posible elección de otro menor.
- Aceptar a ese menor.

IV. Proceso de Empatía: esta etapa es la única que depende del menor de edad, y corresponde a la forma en la que reaccionara el menor con sus futuros adoptantes. Se deberá levantar un informe por parte de un psicólogo o un trabajador social, al finalizar este proceso cuando el menor así lo de a entender, se informará al departamento legal de la Oficina de Adopciones para que dicte la resolución que autorice el deposito del menor de edad con sus futuros adoptantes.

b. Fase Adoptiva

El trabajador social o el psicólogo harán un seguimiento de dos años desde que se da el depósito del menor. Una vez que el menor sea colocado con la familia adoptiva deberá comenzar las respectivas diligencias judiciales para efectuar la adopción. Estas diligencias se deberán tramitar ante el juez de familia que corresponda según al nuevo domicilio del menor.

2) Etapa Judicial

En esta se realiza la solicitud de adopción ante el respectivo Tribunal de Familia. Esta solicitud deberá de especificar si la adopción que se solicita es individual o conjunta, además deberá contener:

- Nombre, edad, nacionalidad, estado civil, profesión u oficio, número de cédula, número de pasaporte o de cédula de residencia en el caso de extranjeros, domicilio y residencia habitual tanto del adoptante como del cónyuge que deba dar su asentimiento.
- Nombre, edad, nacionalidad, domicilio y residencia habitual del adoptando.
- Descripción de los hechos que motivan o justifican la adopción, con indicación de la prueba pertinente y los fundamentos de derecho.
- Respectivas certificaciones.
- Lugar para recibir notificaciones

Una vez realizada la solicitud, el juez nombrará un perito con conocimiento en psicología y sociología para que se cerciore de la necesidad de dar al menor en adopción, así como la conveniencia de realizar esta, siguiendo los parámetros establecidos en los criterios de evaluación del PANI, concluido esto se llamara a la audiencia pertinente para llevar el proceso.

Llevada a cabo la audiencia correspondiente, dictara resolución donde establecerá la procedencia o no de la adopción solicitada, si es favorable y los adoptantes solicitaron cambio de nombre de pila del menor, se indicara en esta misma.

3) Etapa registral

En esta etapa se da ejecutoria de sentencia, una vez que este la sentencia en firme, se deberá presentar la resolución judicial ante el Registro Civil para que se realice los respectivos cambios de nombre en los asientos de nacimiento del menor adoptado.

Como puede apreciarse la adopción indirecta es un proceso largo que y es por esta razón que muchas personas que desean adoptar desertan en el proceso o del todo no se someten a uno, ya que para algunas personas podría resultar frustrante, sin embargo, en la práctica en Costa Rica no solamente existe la adopción indirecta que es la tramitada por el PANI, sino que también permite la adopción directa.

b. Proceso de adopción directa

La adopción directa no es del todo aceptada por ser una adopción de trámite no institucional, donde el depósito del menor se puede llevar por vía notarial sin un estudio previo de la familia adoptante; sin embargo, ese mecanismo ha ayudado a agilizar adopciones, dotando a menores de edad de una familia y un ambiente de desarrollo digno sin pasar antes por la institucionalidad y un proceso largo y desgastante para las partes intervinientes, sobre todo para el menor de edad que espera ser ubicado en un núcleo familiar.

Para una mayor comprensión, se puede definir la adopción directa como aquella donde los padres biológicos le entregan su hijo a otra persona, encomendándole su cuidado, y con la finalidad de que esta la adopte. Estos casos el menor de edad no pasa por el cuidado del PANI, sino que se solicita un depósito temporal de la persona menor de edad con la futura familia adoptiva, ya sea por vía notarial o ante el juzgado y posteriormente se hace la solicitud declaratoria de abandono del menor y de adopción, donde se resuelve la procedencia de la adopción.

La adopción directa en Costa Rica se ha visto como un proceso atípico de adopción, este tipo de proceso está autorizado por la ley, sin embargo no está regulada, dentro de un cuerpo normativo, esto ha generado que se le tache de ilegal, mas no es así, ya que para llevarla a cabo debe cumplir con los requisitos dispuestos en el Código de Familia y a su vez ser efectuada por un juez de lo familiar.

Por ello la recomendación del PANI es no realizar este tipo de adopciones, pero a pesar de ello esta tipología se ha ido incrementando en los últimos años debido a la urgente

necesidad de colocar a las personas menores de edad dentro de un seno familiar y por lo largo y engorroso del proceso de adopciones indirectas.

Ahora bien, esta modalidad se ha ido malversando y convertido en una figura de provecho para algunos a través de la compra y tráfico de menores, de ahí la importancia de una debida regulación.

El proceso de este tipo de adopciones es similar al de las adopciones indirectas tramitadas por el PANI, las diferencias se encuentran en que las adopciones directas no llevan etapa de administrativa, ya que son los padres biológicos quienes directamente escogen al futuro adoptante, poniendo en depósito de forma voluntaria a la persona menor de edad en dicha familia.

Posteriormente, las adopciones directas entran de una vez a la etapa judicial, donde se deberá constatar que el futuro adoptante cumpla los requisitos establecidos por la ley para ser adoptante, se evalúe la situación que llevó a los padres biológicos a dar al niño en adopción y además si las razones de estos son suficientes o no para continuar con el proceso; se deberá dictar la declaratoria de abandono del menor para que este entre en carácter de adaptabilidad, en caso de encontrarse un inminente riesgo social para el menor dentro de su familia biológica.

Como se mencionó supra, el menor de edad puede entrar el depósito en la futura familia adoptante mediante protocolización notarial, donde el notario levanta un acta en su protocolo y consigna que de forma voluntaria la familia biológica otorga la guarda y crianza del menor a los futuros adoptantes.

En este tipo de adopción es fundamental que los padres, o bien a falta de uno o de ambos padres, quien ejerza la patria potestad, den su consentimiento de dar a su hijo en adopción durante todo el proceso, hasta que la sentencia adquiera firmeza, ya que en este caso la adopción es subsidiaria y prima el derecho del menor a permanecer con su familia biológica.

Además del consentimiento previo a efectuar la adopción "quienes efectúen el consentimiento hayan sido suficientemente informados de sus consecuencias y asesorías al

respecto (artículo 4.1 del Convenio De La Haya), que no hayan sido presionados y se hayan ofrecido contraprestaciones de ningún tipo (artículo 4.3 del Convenio Del Haya), y que estos estén adecuadamente documentados (artículo 4.2 del Convenio Del Haya). (Gómez, Adroher, Berastegui, pág. 48)

Bajo esta misma línea de la necesidad del consentimiento por parte de los padres biológicos en las adopciones de tipo directas, el tribunal de familia emitió un criterio en la sentencia número 00007 del 2013:

Es esencial tener presente que en los procesos de adopción directa es indispensable el consentimiento del padre o la madre, o ambos si fuera el supuesto, del menor que se pretende adoptar. En efecto, el artículo 109 inciso c) del Código de Familia establece: "Personas adoptables. La adopción procederá en favor de:...las personas menores de edad cuyos progenitores, según sea el caso, CONSIENTAN ante la autoridad judicial correspondiente, la voluntad de entrega y desprendimiento...

De la norma se desprende claramente la importancia que tiene el consentimiento en este tipo concreto de asuntos, el cual debe mantenerse en las distintas etapas durante todo el proceso hasta que se dicte la sentencia. De la lectura de la amplia entrevista que la autoridad judicial de primera instancia tuvo con la madre del menor es evidente su negativa a otorgar el consentimiento: "MI DESEO ES RECUPERAR AL NIÑO, Y ES POR ESO QUE NO DOY MI ENTREGA Y DESPRENDIMIENTO" (destacado suplido, ver folio 24 vuelto), lo cual torna absolutamente imposible la tramitación de esta adopción. En estas condiciones los extensos alegatos de la recurrente sobre la historia de vida del menor, su relación con él y las imputaciones que le hace a la madre no pueden ser examinados en este expediente, si es de su interés, deberá invocarlos y acreditarlos en otro proceso distinto. En consecuencia, en lo que ha sido objeto de recurso, se confirma la resolución recurrida.

Es importante recalcar la imperiosa necesidad que los padres biológicos manifiesten su deseo de entregar al menor de edad en adopción, para evitar poner en riesgo el derecho de este de permanecer con su familia biológica; sin embargo, el hecho de que los padres biológicos puedan retractarse del consentimiento dado con posterioridad, y ya puesto el menor de edad en depósito temporal con la futura familia adoptante podría ser perjudicial para este; no obstante no se puede obviar también el derecho consagrado en el Código de la niñez y la adolescencia el cual establece el derecho del menor de crecer con su familia consanguínea, mediante el artículo 30 el cual establece que:

Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca.

Ahora bien, ¿Por qué se hace hincapié de que puede ser perjudicial para el menor?, debido al hecho de que este ya comenzó a tener un vínculo y desarrollo con la familia adoptante y sacarlo de manera abrupta de su zona para devolverlo a un ambiente que en un principio no era óptimo para su desarrollo y que por dicha razón fue puesto en adopción, atenta contra el principio de interés superior del menor, pues no se están analizando los diferentes factores ni se está tutelando el bienestar ni un adecuado desarrollo integral del niño, anteponiendo esto a lo establecido de que debe primar el crecer con su familia biológica ya mencionado anteriormente, esto presenta un riesgo en la adopción directa.

Al respecto el Tribunal de familia en su voto número 227 del 2005 hace una manifestación al respeto mencionando que:

(...) Las decisiones u omisiones de los adultos respecto de las personas menores de edad, naturalmente tienen sus consecuencias, y en este caso ha sido el desapego con la familia de origen y la vinculación a la cuidadora. El tiempo del niño, en sus primeros años de vida, es esencial para la

estructuración de su personalidad, y la desatención en este tiempo, tiene consecuencias muy serias, y para revertirlas deben existir bases de hecho y de justicia, y sobre todo conforme con el interés superior del menor, que sean muy fuertes (...)

b.1 Riesgo de las adopciones directas

Estas adopciones pueden traer consigo una serie de riesgos si no se hacen en pro del menor; las situaciones más riesgosas que pueden presentarse en las adopciones directas es que en su mayoría se efectúan por medio de intermediarios, estos intermediarios bien puede ser un tercero encargado de conectar a la familia que quiere dar en adopción al menor con la familia adoptante o bien el profesional en derecho (notario) que se encarga de la tramitación en vía judicial para llevar a cabo el proceso y, en muchos casos, pueden llegar a realizar el cobro de honorarios desproporcionados por sus servicios a las familias adoptantes. Esta situación no se presenta en las adopciones tramitadas por el PANI

Esto lleva a mencionar otro riesgo que podría traer este tipo adopción:

Es que la adopción se convierta en un negocio lucrativo que pueda ser fácilmente convertido en un supuesto de tráfico de menores o de venta de menores (nacional o internacional). Lo anterior se puede producir por varios motivos, a saber, las autoridades no son las adecuadas, los procesos para la constitución de la adopción no son lo suficientemente rigurosos o bien por el hecho de que el seguimiento post adoptivo no sea lo suficientemente largo, adecuado y severo (González y Rodríguez (2011), p. 95).

Es en este punto donde el papel del notario se torna relevante, ya que al ser entregado el menor a través de la vía notarial, y no existe una previa valoración de la familia en la cual se va a realizar el depósito; es decir, se desconoce por completo el proceder y las condiciones de la familia adoptiva, por lo cual no se da una adecuada protección del menor, pues no se conoce si se le está poniendo en una situación de riesgo

mayor; asimismo, este estudio se hace posterior a la solicitud de la declaratoria de abandono del menor ante el juez de la jurisdicción correspondiente.

3. Interés Superior del Menor

El concepto de adopción del menor va intrínsecamente ligado al Interés Superior del Menor por cuanto este es uno de los conceptos más importantes para esta investigación, por ello es necesario dar a conocer el origen de este principio y la forma en la que se lleva a cabo la aplicación de este, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional dentro del marco normativo costarricense.

3.1 Referencia histórica del Interés Superior del Menor

Tras la Primera Guerra Mundial, en el periodo de post guerra se empiezan a dar los primeros movimientos por buscar la protección de los menores de edad, dadas las situaciones que se presentan en este momento. Una de las principales exponentes de este movimiento fue Eglantyne Jebb, quien inició una fundación en favor de los menores y en pro de esta actividad y redactó una serie de documentos que originaron el reconocimiento de los derechos del menor.

El primer antecedente que se tiene en este tema es la Declaración de Ginebra, en el año 1924 se presenta en la Sociedad de Naciones (antecesor de las Naciones Unidas), un escrito que consta de una serie de derechos que se le otorgan al menor de edad, y además un conjunto de obligaciones que tienen los Estados para con los menores.

La Declaración de Ginebra consta de tan solo cinco incisos, en donde se hace el reconocimiento del deber tanto de hombres como mujeres, deben de dar lo mejor a los niños sin distinción de raza, nacionalidad o creencia, el contenido de esta Declaración es la siguiente:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.

3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo (Declaración de Ginebra, 1924).

En esta declaración se hace evidente el uso del "el niño debe ser..." lo que establece que son una serie de obligaciones que se tienen para con el niño, pero no hace hincapié en que son derechos propios de estos, además no se hace una definición del concepto de "niño" y se deja la conceptualización de este a lo que entienda cada quien.

La Segunda Guerra Mundial generó la creación de Organización de las Naciones Unidas, donde en el año 1948 se da la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en su "artículo 25 dice que la infancia tiene derecho a un cuidado y asistencia especial" (UNICEF, 2009, p.2), con esta declaración se empieza a hacer evidente las deficiencias en la Declaración de Ginebra, en cuanto a la protección del menor de edad.

Posteriormente la Asamblea General de Naciones Unidas firmó la Declaración de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1959, y es que esta declaración tiene como base la declaración de Ginebra, en la cual considerado en el preámbulo de esta que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

En esta convención se desarrollan los siguientes 10 principios:

Principio I: El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración.

Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio II: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio III: El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Principio IV: El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Principio V: El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Principio VI: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La

sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Principio VII: El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Principio VIII: El niño debe, en todas circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio IX: El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio X: El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los

pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes (Declaración de los Derechos del Niño, 1959).

Igual que su antecesor la Declaración de Ginebra, no se desarrolla una conceptualización del niño; es decir, en ninguna de estas dos declaraciones se establece el periodo que comprende la infancia, sin embargo en esta nueva declaración se establece que la protección inicia desde antes del nacimiento de este.

En la Declaración de Derechos del Niño es donde se hace mención del principio superior del niño por primera vez, siendo en el principio dos se establece que “Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”, es decir, que todas estas reglamentaciones tienen como finalidad establecer el bienestar del menor de edad como eje principal.

Además, en el principio séptimo, en el segundo párrafo de esta convención se encuentra: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres”, en este se establece que los padres de familia deben ser los primeros en la búsqueda del bienestar del menor que tienen a su cargo.

En noviembre de 1989, la Organización de las Naciones Unidas da a conocer la Convención sobre los Derechos del Niño, a diferencia de sus antecesores este es un tratado con carácter vinculante a nivel nacional e internacional que reúne derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales en favor del menor.

Esta convención es la que se encuentra vigente hasta el día de hoy, por esta razón esta convención contará más adelante con su propio inciso dada a la relevancia en la investigación.

3.2 Concepción del Interés Superior del Menor en la actualidad

El principio de interés superior del menor, no tiene una definición conceptual como tal, sino que es un principio que se encuentra inmerso en el reconocimiento de los derechos del niño, el interés superior del niño es la búsqueda de la condición más favorable de este, en la situación que se encuentre y el hecho de que el interés de un menor de edad deba priorizarse no es porque este tenga mayor valor que el interés de un adulto, es simplemente por cuanto el menor de edad es el eslabón más bajo de la pirámide social, y tal y como se reconoce en las convenciones es la falta de madurez y su condición especial genera la necesidad de su protección.

Miguel Cillero en su artículo “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” del año 1999 establece que “ el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".”

Es decir, que el principio de interés superior del niño es simple y sencillamente el cumplimiento de los derechos del niño, los cuales han sido establecidos en la convención y reconocidos por los distintos Estados, y en cada situación que se presente donde se vea involucrado un menor, lo principal será actuar conforme a los derechos otorgados mediante este instrumento.

En este sentido la UNICEF en su artículo Estado Mundial de La Infancia del año 2009, establece la importancia de este principio porque:

...exige que los gobiernos u otras partes interesadas examinen el efecto sobre la infancia de todas las medidas que emplean. Este principio ha demostrado tener una influencia fundamental en la legislación, estrategias, las políticas y los programas que apoyan los derechos de la infancia. Ha sido de especial utilidad en procedimientos judiciales y para las instituciones de

asistencia social que deben de tomar en consideración criterios contrapuestos.

El Interés Superior del Niño va a aplicar solamente a personas menores de edad, tal y como se establece en la Convención sobre los Derechos del Niño, estos serán objeto de tutela bajo este principio desde antes de su nacimiento, es decir, durante el periodo de gestación y después del nacimiento hasta alcanzar la mayoría de edad, que se según el artículo 1 de dicha convención sería la edad de 18 años.

Además, dicho principio se debe hacer valer para todos los menores de edad, sin aplicar ninguna discriminación por raza, color, sexo, etnia, religión, idioma, país de origen u opinión política, posición económica e incluso por impedimentos físicos, acorde a lo que establece la Constitución Política en la sesión de derechos y garantías individuales, en su numeral 33 establece " Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana "

3.3 Regulación del Interés Superior del Menor

a. Convención de los Derechos del Niño

Actualmente el Principio de interés superior del niño está resguardado en la Convención sobre los Derechos del Niño, este documento se firma el 20 de noviembre 1989, en las Naciones Unidas. El primer documento es de acatamiento obligatorio para todos los estados miembros, principal característica que lo diferencia de sus antecesores.

La convención es el primero que articula todos los derechos pertinentes a la infancia: económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Ha sido asimismo el primer instrumento internacional que ha reconocido de forma explícita a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos (UNICEF, 2009, p.2).

La creación de esta convención vino a marcar una mejora inimaginable en cuanto a la situación de los menores de edad, ya que en este se establece al niño como sujeto de derecho y con esto se logra brindarle la protección que durante años atrás se ha venido

buscando; asimismo, en esta convención se establece a la familia como el eje principal para lograr satisfacer las necesidades de los menores.

En su 52 artículo la convención viene a regular los derechos que tiene el menor para un completo desarrollo y una vida plena y a su vez establece una serie de deberes que se tiene para con él, cayendo esta responsabilidad sobre el Estado, los padres de familia, profesores, médicos y todo aquel que tenga una relación directa con el menor.

Por primera vez se extiende la definición de niño para los efectos de la convención, y lo establecen que "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989).

La convención está compuesta por tres partes, la primera parte de este convenio se contempla las responsabilidades del Estado y los miembros de la sociedad con los niños, la importancia de siempre buscar el bienestar del menor a través de la aplicación del principio superior del menor.

Y a su vez la convención cuenta con tres protocolos, los cuales fueron firmados hasta el año 2000, estos protocolos son textos individuales entre sí, y de la convención, cada uno regula el tema que le da título.

1. El protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil.
2. El protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados.
3. El protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño.

Los primeros dos protocolos delimitan las obligaciones que los Estados deben de acatar para lograr salvaguardar al menor en este estado o bien evitar que estas conductas se desarrollen, en cuanto al tercer protocolo se desarrolla la forma en la que se deben dar las denuncias al comité de los Derechos del Niño.

En la segunda parte de la convención se establecen las obligaciones del Comité de los Derechos del Niño; este comité es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de sus dos primeros Protocolos, está conformado por diez expertos en la materia, quienes son elegidos por los estados miembros.

La tercera y última parte desarrolla las generalidades acerca de la aceptación y ratificación del convenio por parte de los estados miembros, el proceso para llevarlo a cabo y el resguardo de los documentos originales.

La convención desarrolla cuatro principios básicos y fundamentales para el buen desarrollo del menor.

1. La No Discriminación. Artículo 2 De La Convención Sobre Los Derechos Del Niño.

a. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

b. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

2. La Dedicación Del Interés Superior Del Niño. Artículo 3, Párrafo Primer De La Convención Sobre Los Derechos Del Niño.

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los

órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

3. El Derecho A La Vida, La Supervivencia Y El Desarrollo. Artículo 6 De La Convención Sobre Los Derechos Del Niño.

1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

4. El Respeto De Los Puntos De Vista Del Menor Artículo 12 De La Convención Sobre Los Derechos Del Niño.

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En el texto de la Convención de los Derechos del Niño encontramos el interés superior del menor resguardado en el artículo 3 párrafo 1 " En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

En materia de adopción, este principio del interés superior permite sostener la idea de buscarle a la persona menor de edad una familia y no a la inversa, dotando a esta de hijos; se podría ver como un principio que instaura la adopción como un derecho del menor en caso de carecer de una familia.

Siendo así que con esta convención todos los Estados partes firman un compromiso con la niñez de su país, tal compromiso es siempre que se evalúe lo mejor para este, ya sea de forma individual, en casos específicos, o de forma general, cuando se vea afectado un colectivo de niños.

A raíz de la promulgación de la convención de los derechos del niño se creó el Comité de los Derechos del niño, un ente cuya función es la fiscalización de la correcta aplicación del convenio por parte de los estados parte. El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

A su vez los Estados partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de debate general.

Dada la posibilidad de interpretación del artículo 3 párrafo 1 de la convención y en una búsqueda de una correcta aplicación del Interés Superior Del Niño el comité realiza un análisis jurídico en donde descompone el articulado frase por frase para dar una interpretación más directa y establece:

a) “En todas las medidas”

El objetivo del artículo 3, párrafo 1, es velar por que el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. El término “medida” incluye no solo las decisiones, sino también

todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas.

La pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en el concepto “medidas”, por ejemplo, cuando las autoridades de bienestar social no toman medidas para proteger a los niños del abandono o los malos tratos.

b) “Concernientes a”

La obligación jurídica se aplica a todas las decisiones y medidas que afectan directa o indirectamente a los niños. Por lo tanto, la expresión “concernientes a” se refiere, en primer lugar, a las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general y, en segundo lugar, a otras medidas que repercutan en un niño en particular, un grupo de niños o los niños en general, aunque la medida no vaya dirigida directamente a ellos. Como se indica en la Observación General N° 7 (2005) del Comité, ello incluye las medidas que afecten directamente a los niños (por ejemplo, en relación con los servicios de atención de la salud, sistemas de guarda o escuelas), así como aquellas que repercutan indirectamente en los niños pequeños y otros grupos de población (por ejemplo, en relación con el medio ambiente, la vivienda o el transporte) (párr. 13 b)). Así pues, la expresión “concernientes a” debe entenderse en un sentido muy amplio.

En efecto, todas las medidas adoptadas por un Estado afectan de una manera u otra a los niños. Ello no significa que cada medida que tome el Estado deba prever un proceso completo y oficial para evaluar y determinar el interés superior del niño. Sin embargo, cuando una decisión vaya a tener repercusiones importantes en uno o varios niños, es preciso adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para tener en cuenta su interés superior. Así pues, en relación con las medidas que no se refieren directamente a uno o varios niños, la expresión

“concernientes a” tendría que aclararse en función de las circunstancias de cada caso para evaluar los efectos de la medida en el niño o los niños.

c) “Los niños”

El término “niños” se refiere a todas las personas menores de 18 años sujetas a la jurisdicción de un Estado parte, sin discriminación alguna, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Convención.

El artículo 3, párrafo 1, se aplica a los niños con carácter individual y obliga a los Estados partes a que el interés superior del niño se evalúe y constituya una consideración primordial en las decisiones particulares.

Sin embargo, el término “niños” implica que el derecho a que se atienda debidamente a su interés superior no solo se aplique a los niños con carácter individual, sino también general o como grupo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que les conciernan. Ello atañe en particular a todas las medidas de aplicación. El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos.

Eso no quiere decir que, en una decisión relativa a un niño en particular, se deba entender que sus intereses son los mismos que los de los niños en general. Lo que el artículo 3, párrafo 1, quiere decir es que el interés superior del niño debe ser evaluado individualmente. Los procedimientos para determinar el interés superior de los niños concretos y como grupo figuran en el capítulo V.

2. “Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”

La obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten. Aunque no se menciona explícitamente a los padres en el artículo 3, párrafo 1, el interés superior del niño será “su preocupación fundamental” (art. 18, párr. 1).

a) “Instituciones públicas o privadas de bienestar social”

Estos términos no deberían interpretarse de manera restrictiva ni limitarse a las instituciones sociales stricto sensu, sino entenderse como todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos. Esas instituciones no solo abarcan las relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales (como la asistencia, la salud, el medio ambiente, la educación, las actividades comerciales, el ocio y el juego, por ejemplo), sino también las que se ocupan de los derechos y libertades civiles (por ejemplo, el registro de nacimientos y la protección contra la violencia en todos los entornos). Las instituciones privadas de bienestar social incluyen a las organizaciones del sector privado (con o sin ánimo de lucro) que intervienen en la prestación de servicios esenciales para que los niños disfruten de sus derechos y que actúan como alternativa a los servicios públicos, en nombre de ellos, o junto con ellos.

b) “Los tribunales”

El Comité subraya que el término “tribunales” alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna. Ello incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje.

En la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley. El Comité subraya que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley.

En la vía civil, el niño puede defender sus intereses directamente o por medio de un representante, como en el caso de la paternidad, los malos tratos o el abandono de niños, la reunión de la familia y la acogida. El niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo, en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente.

c) “Las autoridades administrativas”

El Comité pone de relieve que el alcance de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas a todos los niveles es muy amplio y abarca, entre otras, las decisiones relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad. Las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas en esas esferas deben ser evaluadas en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación.

d) “Los órganos legislativos”

El hecho de hacer extensiva la obligación de los Estados partes a sus “órganos legislativos” pone claramente de manifiesto que el artículo 3, párrafo 1, se refiere a los niños en general, no solo a los niños con carácter individual. La aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio (como los tratados de comercio bilaterales o multilaterales o los tratados de paz que afectan a los niños) debería regirse por el interés superior del niño.

El derecho del niño a que se evalúe su interés superior y constituya una consideración primordial debe figurar de forma explícita en toda la legislación pertinente, no solo en las normas que se refieren específicamente a los niños. Esta obligación también se aplica a la aprobación de los presupuestos, cuya preparación y elaboración exigen adoptar una perspectiva que defienda el interés superior del niño a fin de respetar sus derechos.

3. “El interés superior del niño”

El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y

determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación de-ben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.

El interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos. Debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño. Ello implica que los Estados tienen la obligación de aclarar, cuando se adopten medidas de aplicación, cuál es el interés superior de todos los niños, incluidos los que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia.

Con respecto a las medidas de aplicación, para que el interés superior del niño sea una consideración primordial a la que se atienda al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes públicos, así como al aplicar esas disposiciones legislativas y esas políticas en todos los niveles, se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los derechos del niño, a fin de prever las consecuencias de cualquier proyecto de ley o pro-puesta de política

o asignación presupuestaria en los niños y el disfrute de sus derechos, y de evaluación de los efectos sobre los derechos del niño, con miras a juzgar las consecuencias reales de la aplicación.

4. “Una consideración primordial a que se atenderá”

El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación. La expresión “a que se atenderá” impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.

La expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.

Con respecto a la adopción (art. 21), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente “una consideración primordial”, sino “la consideración primordial”. En efecto, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionadas con otras cuestiones.

Sin embargo, puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación.

El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.

La consideración del interés superior del niño como algo “primordial” requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate.”

De lo anterior se concluye que cuando se vaya a implementar una medida dirigida a un grupo de menores de edad o a una persona menor de edad de forma individual debe evaluarse los pros y contras de estas, buscando el beneficio de los menores, sin establecer límites sobre que materias en específico son aquellas en las que se debe de sopesar el interés superior del menor; entendiendo en amplio sentido que sea cual sea la situación

siempre donde se vea involucrado uno o más menores de edad, este principio debe ser el eje central para la toma de la decisión.

La aplicación de este principio debe ser tutelado por el Estado, sin embargo, su aplicación debe correr por parte de todas las entidades, sean públicas o privadas que tengan como eje principal el bienestar social y se involucren en la vida de personas menores de edad, así también deben resguardar y cumplir a cabalidad los derechos del niño, garantizando un adecuado ambiente para su desarrollo.

La forma en la que el Estado ejerza la tutela de este principio de forma directa es a través de los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, pues estos están directamente vinculados a las obligaciones del Estado y en la mano de quienes está llevar a cabalidad el cumplimiento de todos los compromisos que este tiene.

Con el interés superior del menor se busca que se respeten todos los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, teniendo en cuenta siempre la situación ante la cual se presente, ya que no todas las situaciones son iguales; asimismo, es importante recalcar que indiferentemente de la cantidad de niños involucrados, siempre se debe ver el caso en particular, de forma individual y evaluando todos los posibles resultados para así poder decidir lo mejor para los menores de edad de manera integral.

Con base en lo anterior, en la observación general número 14, el comité hace referencia al interés superior del menor donde establece que el objetivo de este principio es "garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que "lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño".

El Comité establece que el interés superior del niño es un concepto de tres ejes:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Estos tres puntos establecidos por el comité son los estándares que deben seguir los Tribunales de Justicia para llegar a una toma de decisión ideal donde se involucre un menor de edad, por cuanto la persona menor de edad y su bienestar debe ser el punto medular y a quien mayor enfoque se le debe dar durante los procesos, pues la decisión que se tome al respecto, puede impactar de gran forma el ámbito de desarrollo del menor y causar un perjuicio en el desenvolvimiento de este.

Dada la importancia de la participación del menor en todos los procesos, y que sus capacidades no son comparables a las del adulto, y dado a este y otras razones como la protección de este, en nuestro país el Organismo de Investigación Judicial instauró un protocolo para las entrevistas de los menores, esto con la finalidad de cumplir a cabalidad el respeto de la libre opinión que pueda tener el menor, con el fin de saber qué piensa él acerca de determinado proceso donde se le ve incluido y le afecta de manera directa.

DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS

Convención sobre los Derechos del Niño

De acuerdo con el preámbulo y el artículo primero, este instrumento reconoce como compromiso estatal hacia la niñez y la adolescencia, el brindar cuidados, asistencia especial y protección legal a todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

Consecuentemente, el artículo 3 de esta Convención establece la obligación que tienen los Tribunales de considerar primordialmente el interés superior del niño/a ante cualquier medida concerniente a la persona menor. Además, el artículo 12 establece la obligación del Estado a garantizarle, conforme a su edad y madurez, las condiciones necesarias para que pueda formar su propio juicio y expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten a fin de que sus manifestaciones sean tomadas en cuenta. Según lo expuesto, la utilización de la Sala de Entrevista puede convertirse en un instrumento fundamental para lograr este objetivo y evitar la revictimización de la persona menor de edad otorgándole la oportunidad de que sea escuchada en todo proceso judicial, lo que fortalece el derecho de libre expresión contenido en el artículo 13.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala de Entrevistas se convierte en un medio que garantiza el proporcionarle un trato humano y respetuoso a las personas menores que enfrentan un proceso judicial. De modo que, una adecuada

utilización de la Sala de Entrevistas y métodos análogos es fundamental para cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado costarricense.

Por otro lado, el Código de la Niñez y la Adolescencia contemplan una serie de normas relacionadas con la utilización de las salas de entrevistas. Especialmente en lo que refiere al principio denominado interés superior el cual garantiza el pleno desarrollo personal de la persona menor en un ambiente sano, consideraciones que ineludiblemente deben practicarse con el uso de las Salas de Entrevistas. Como complemento de este principio se establecen los siguientes derechos:

i) Derecho a la información los niños, niñas y adolescentes antes de la diligencia deberán ser informados sobre los objetivos, obligaciones, derechos y todo lo relacionado con la misma para obtener el consentimiento informado, en casos que por la edad o alguna discapacidad cognitiva esta información debe otorgarse a sus tutores o responsables y obtener el consentimiento informado de estos.

ii) Derecho a la integridad: uno de los objetivos principales para la utilización de la sala de entrevista es proteger la integridad física, psíquica y moral asegurando la protección de su imagen, identidad, autonomía, pensamiento, dignidad y valores.

iii) Derecho a la privacidad y a la imagen: A través de todo el proceso de uso de la sala de entrevista debe asegurarse el derecho a la privacidad. Así como la grabación que se obtenga debe custodiarse de la forma debida para evitar publicaciones, reproducciones de imágenes o fotografías.

En el ámbito jurisdiccional el artículo 104 del Código establece el derecho al acceso a la justicia otorgando a la persona menor legitimación activa para denunciar toda acción cometida en su perjuicio y ejercer, por medio del representante del Ministerio Público, las acciones civiles correspondiente . Además, esta normativa ratifica el derecho a opinar y a que se les escuche en su idioma en todo proceso o procedimiento y que la versión u opinión expresada se considere en la resolución que se dicte; por consiguiente se obliga a la autoridad judicial a tomar las medidas adecuadas para realizar las entrevistas con apoyo interdisciplinario lo que incluye entre otros derechos el de contar con traductor o interprete, acudir a la audiencia en compañía de un profesional en trabajo social o psicología o persona de confianza, y recibir del juez información clara y precisa de cada actuación.

Las personas menores de edad que son víctimas de delitos siempre deben ser asistidas y reconocidas por expertos en tratar a este grupo. De ahí que las autoridades judiciales y quienes deban colaborar en la tramitación del proceso deberán ser capacitados previamente, igual que los profesionales especializados del Departamento de Medicina Legal y de Ciencias Forenses del Poder Judicial y los auxiliares de la policía técnica o administrativa.

En caso de ser víctimas deberán ser asistidas por personas expertas ya sea de trabajo social, departamento de medicina legal para lo cual deberán ser capacitados/as. Estas personas expertas con el objeto de evitar daños mayores podrán realizar recomendaciones a la autoridad judicial correspondiente como el uso de las salas de entrevista, quien las deberá tomar en cuenta durante el proceso. En este sentido y de acuerdo con la normativa nacional, es obligación del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial asistir al niño, niña y adolescente y personas en condición de discapacidad durante la diligencia en la Sala de Entrevista. Además, para que la Sala cumpla con el propósito de evitar

revictimización, quien realice los interrogatorios o reciba la denuncia deberá evitar en lo posible las preguntas reiteradas o persistentes.

El Departamento de Ciencias Forenses adjunta en este protocolo una guía de preguntas en casos de violencia sexual, quien solicita la diligencia deberá tomar en cuenta dichas preguntas y remitir las respuestas por fax o correo electrónico verificando su remisión.

En relación a las audiencias el artículo 126 Código de la Niñez y la Adolescencia establece que las autoridades judiciales tomarán las previsiones necesarias para que la audiencia sea privada (en cuyo caso deben valorar la utilización de la Sala de Entrevista) con el objeto de lograr la estabilidad emocional de las personas menores entrevistadas “o para que no se altere su espontaneidad en el momento de deponer, de acuerdo con lo cual solo pueden asistir quienes autoriza la ley y de acuerdo con el criterio fundado por la autoridad judicial.

Los elementos emocionales, cognitivos y conductuales de las víctimas de Delitos Sexuales y/o Violencia Intrafamiliar (perfil victimológico producto de estas formas de violencia) aunado a la eventual presencia de un síndrome de estrés agudo o postraumático, podría llamar a la confusión o a la mala interpretación por parte del/a funcionario/a, lo que a su vez podría hacer que actúe de tal forma que revictimice a las víctimas, sin distinción de que se trate de mujeres, niños(as), personas con discapacidad, etc.

En este sentido es importante anotar que así como es indispensable la capacitación previa de quienes intervienen en el proceso cuyas víctimas son menores de edad (artículo 120 Código Niñez), igualmente es indispensable que quien realiza los interrogatorios tenga una capacitación previa en este tipo de acto procesal a fin de que el resultado de la entrevista (que usualmente constituye prueba) sea efectivo y no sea impugnado por vicios técnicos legales.

El artículo 127 del Código de la Niñez y Adolescencia indica la posibilidad de utilizar las Salas de Entrevistas en audiencias orales con el objeto de evitar el contacto directo de las víctimas menores de edad con las personas a quienes se les atribuye el hecho delictivo, siempre que se respete el debido proceso.

Con este texto, el sistema judicial hace un enfoque a la importancia del interés superior del menor a la hora de tomar decisiones y a su vez resalta la importancia de tomar en consideración sus opiniones y el derecho de ser escuchado en los procesos que le afectan directamente, con la finalidad de que el resultado final siempre sea en pro de este, pues el Estado está comprometido por los diferentes organismos internacionales a la protección del menor bajo la supremacía del interés superior del mismo.

El comité de los derechos del niño, mediante la observación general número 14, establece un marco con tres tipos diferentes de obligaciones para los Estados partes, a saber:

a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños;

b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.

c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño."

En relación con el interés superior del menor y el artículo 51 de la constitución política, donde se establece que " la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido", generó el pronunciamiento del Tribunal de Familia mediante la resolución número 00722 en el año 2015 donde establece que:

La norma constitucional patria apuntada, se puede decir, es el sustento o pilar de todo el derecho familiar costarricense, y partiendo del mismo, a fin de ampliar e individualizar esa protección, es que el Estado costarricense debe promulgar leyes, para que en definitiva, se pase de una garantía abstracta, a una garantía o derecho concreto. En el caso de los menores de edad, se ve materializada esa garantía constitucional en leyes tales como el Código de Familia, el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Ley de Paternidad Responsable y muchas otras. El Código de la Niñez y la Adolescencia, gira bajo una garantía eje, como lo es el interés superior del niño. La doctrina ha indicado al respecto "... Conforme lo apunta Grossman, este concepto se encuadra dentro de las llamadas definiciones marco, ya que no resulta sencillo establecer su alcance, pues es una idea en permanente evolución y transformación, que necesariamente varía entre los distintos Estados ratificantes según sus pautas culturales y sociales. Por lo expuesto, resulta que el término en análisis es flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación. Así el interés superior del niño dependerá de

circunstancias específicas... Esta particularidad obliga a los órganos de aplicación de la Convención, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima tarea de descubrir que curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resultará obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese descubrimiento de qué es lo que mejor resguarda el interés superior del niño...” (Weimber, Ines. Convención sobre los Derechos del Niño. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, págs. 101 y 102). Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas en el período de sesiones celebradas entre el 14 de enero y el 1 de febrero de 2013, emitió la Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las

decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

De lo anterior se colige que Costa Rica adopta las observaciones dadas en el Comité de los Derechos del Niño, acatando el peso del interés superior del menor y teniendo en consideración que este debe primar en todo los procesos donde se vea involucrado, y debido a que no es un principio de fácil aplicación, siempre se debe hacer un balance entre las posibles repercusiones de los distintos resultados surgidos según el caso concreto, con la finalidad de hallar aquel con el mayor carácter benéfico para el menor, haciendo que el país se comprometiera con la comunidad infantil en resguardar sus derechos y deberes, además de garantizar que se tendrá primordialmente en consideración su bienestar para las tomas de decisiones.

Dado este compromiso, el 21 de agosto de 1990, Costa Rica ratifica el Convenio Sobre los Derechos del Niño dado por las Naciones Unidas, y empieza la carrera del país por lograr establecer un marco jurídico digno de proteger a los menores de edad, y 8 años después se logra desarrollar la normativa nacional más importante con respecto a los derechos de las personas menores de 18 años, el Código de la Niñez y la Adolescencia.

En esta normativa se brinda una garantía socioeconómica y cultural que posibilite el desarrollo de los niños, niñas, y adolescentes, como sujetos de derecho. Este es un cuerpo normativo que busca proteger las relaciones entre las personas menores de edad, el Estado, la sociedad y la familia. Con este Código, Costa Rica firma su compromiso con la población infantil, en una búsqueda de igualdad de derechos y una protección de los mismos, busca así asegurar que cada menor de edad del país cuente con los medios óptimos para un adecuado desarrollo.

b. Código de la Niñez y la Adolescencia

El Código de la Niñez y la Adolescencia surge luego de múltiples esfuerzos por distintos sectores de la sociedad, este código logra ver la luz en el año de 1998, 8 años después de que Costa Rica firmara y ratificara el Convenio sobre los Derechos del Niño, la presión social que se presentó en esos años por lograr una protección para el menor al fin dieron resultado.

Kathya Rodríguez en su artículo para la revista pro niños del año 1999, dice que con la entrada del código de la niñez y la adolescencia:

Ya no se enfoca al niño en función de sus carencias sino de su derecho al desarrollo pleno, derecho que es inherente a todos. Se protege tanto a aquel que tiene sus necesidades básicas satisfechas como al que no las tiene. Es claro, por supuesto, que el reconocimiento de las condiciones particulares en que cada uno de esos derechos ha de hacerse efectivo en el ámbito particular de su titular, obliga a realizar el principio de protección especial que su particular condición de persona en desarrollo demanda.

En este código, a diferencia de la convención, se hace la distinción entre niños y adolescentes; es en el artículo dos de este cuerpo normativo donde se considera niño desde la concepción hasta los 12 años, y se establece como adolescente a todo mayor de 12 años pero menor de 18.

De igual manera, como se hace en la convención, este código hace la aclaración de que la aplicación de esta normativa se debe hacer sin aplicar ningún tipo de discriminación por etnia, la cultura, el género, el idioma, la religión, la ideología, la nacionalidad o cualquier otra condición propia o de quien esté a su cargo; esto hace concordancia con el artículo 33 de la Constitución Política el cual establece que "Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana." Además dispone que estos derechos y garantías son de interés público, "irrenunciables e intransigibles."

En adición el numeral 5 de este código se habla del interés superior del menor y se establece que "Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal." Este principio se convirtió en el punto medular y de imprescindible aplicación en todos los procesos en donde exista una persona menor de edad.

A su vez este mismo inciso establece cuatro parámetros que se deben seguir para lograr determinar el Interés Superior del Menor.

- a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.
- b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.
- d) La correspondencia entre el interés individual y el social."

Sin embargo, este cuerpo normativo además de establecer las obligaciones de la sociedad con el menor de edad, delimita también una serie de obligaciones que debe llevar a cabo este, tales como los establecidos en el Artículo 11 estableciendo lo siguiente:

Deberes. En el ejercicio de libertades y derechos, las personas menores de edad estarán obligadas a respetar las restricciones establecidas por la ley, la moral y el orden público. En particular, deben cumplir con los siguientes deberes:

- a) Honrar a la Patria y sus símbolos.
- b) Respetar los derechos y las garantías de las otras personas.

- c) Honrar, respetar y obedecer a sus padres, representantes o responsables, siempre que sus órdenes no violen sus derechos y garantías o contravengan el ordenamiento jurídico.
- d) Ejercer activamente sus derechos y defenderlos.
- e) Cumplir sus obligaciones educativas.
- f) Respetar la diversidad de conciencia, pensamiento, religión y cultura.
- g) Conservar el ambiente.

Con este listado de deberes el país se asegura de formar personas responsables, tolerantes y respetuosas y establece que, si bien es cierto por ser menor de edad, este debe cubrirse con un fuero especial de protección, también debe de retribuirle a la sociedad con una buena conducta.

4. El PANI y su función como ente regulador del Interés Superior Del Menor en las adopciones

Ahora bien, dentro de las obligaciones de la sociedad con el menor, se consagra como derecho fundamental que cada niño tiene derecho a permanecer criado y educado en un núcleo familiar, y solo en casos extremos podrán ser separados de esta, además dicha separación se debe hacer, tomando en cuenta el interés superior del menor, tarea que el PANI debe velar en estricto sentido y el cual es congruente con la Ley Orgánica Del Patronato Nacional de la Infancia.

Como ente encargado de regular y hacer valer los derechos del menor en Costa Rica, el Patronato Nacional de la Infancia cuenta con su propia ley para llevar de la forma más eficiente los procesos, con el fin de proteger al menor y su familia, ya que a estos se les considera como el elemento natural que es pilar de la sociedad costarricense.

En esta normativa se estipulan 5 vertientes que serán los principios sobre los cuales siempre deben de versar las actuaciones del patronato en relación con los menores de edad

- a) La obligación prioritaria del Estado costarricense de reconocer, defender y garantizar los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.
- b) El interés superior de la persona menor de edad.
- c) La protección a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, por ser el medio idóneo para el desarrollo integral del ser humano.
- d) La protección integral de la infancia y la adolescencia, así como el reconocimiento de sus derechos y garantías establecidos en la Constitución Política, las normas de derecho internacional y las leyes atinentes a la materia.
- e) La dignidad de la persona humana y el espíritu de solidaridad como elementos básicos que orientarán el quehacer institucional.

El punto c y d son congruentes con lo estipulado en la Constitución Política en el numeral 51 donde se reconoce a la familia como la base de la sociedad y establece que el estado debe tener especial resguardo de esta en especial de la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.

Además, para efectos de la investigación se tomará en consideración los siguientes puntos establecidos como funciones del Patronato Nacional de la Infancia en el cuerpo normativo citado, pues estas no son en su totalidad las atribuciones que por ley se le han conferido al PANI, sino la parte más importante en relación con la tutela efectiva de los derechos de las personas menores de edad:

- Promover y difundir los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Promover el cumplimiento de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- Intervenir como parte en los procesos judiciales y administrativos en que esté vinculada cualquier persona menor de edad que requiera esa intervención, para que se le garantice el disfrute pleno de sus derechos.

- Promover la adopción nacional e internacional, y otorgar el consentimiento para que se adopte menores de edad por medio del Consejo Nacional de Adopciones, como autoridad central administrativa, según la normativa vigente dentro y fuera de Costa Rica.

En la lucha del cumplimiento de sus atribuciones, el PANI ha llegado a una sobrecarga de trabajo que ha dificultado el cumplimiento de su labor, esto se ha convertido en un secreto a voces y se ha retratado en los diferentes medios de comunicación del país su ineficacia; ello ha provocado que todos los procesos tramitados por este ente se vuelvan más largos de lo que deberían, lo cual resulta en una afectación directa a los menores de edad en situaciones de riesgo y en albergues institucionales donde en muchos casos crecen sin ser adoptados y con lo cual se les violenta el derecho a una familia.

En el 2009 el medio de comunicación La Nación dio a conocer datos que demuestran el poco personal con el que cuenta el PANI y la aglomeración de casos que se les presentan, donde es la misma institución la que manifiesta su incapacidad y dice " Por ejemplo, un abogado de la Región Brunca tiene a su cargo, en promedio, 1.871 casos; y un psicólogo o un trabajador social del Pacífico Central atiende unos 340 casos. Solo para atender la demanda de los Tribunales de Justicia de apersonarse en la jurisdicción de familia, penal y penal juvenil, tendríamos que destinar todo el personal de Derecho solo a eso."

Yalena de la Cruz en su libro 15 años en la página 15, realiza una recopilación de sus notas en el periódico La Nación y en una de estas notas indica:

... la situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es tan delicada que a la fecha debería de servir más bien para quitarnos la venda de los ojos y enfrentarnos con la cruel realidad de niños abandonados, pidiendo limosna, vendiendo golosinas, explotados sexualmente, discriminados y excluidos de las escuelas, todo frente al lento accionar del PANI que, a

juzgar por los resultados que se miran en la calle, es -no pocas veces- ineficaz.

Me atrevo a señalar que su ineficiencia se debe a la carencia de recursos para ejecutar los programas, y no al compromiso de quienes dirigen que -me consta- dan su mejor esfuerzo por cumplir con su tarea (pág. 257).

Pese a los grandes esfuerzos que pueda realizar el PANI para llevar a cabo la labor de vigilancia del menor de edad, el estado está incumpliendo sus obligaciones con esta minoría, ya que no está llevándose a cabalidad el cumplimiento de los derechos de los menores de edad pese a tener una normativa, lineamientos y un ente para garantizarlos, el país aún tiene una deficiencia muy grande en este punto.

Otro punto con el que el PANI ha luchado a través de los años es el tipo de adopción en el que se basa este trabajo, el PANI en reiteradas ocasiones ha manifestado su oposición con respecto de las adopciones directas como se puede observar en la manifestación que hace Jorge Urbina para un reportaje del periódico La Nación en el 2011 donde indico “que la institución también se opone a las adopciones por entrega directa ya que no cuentan con ningún tipo de regulación” (Urbina, 2011).

El pensar de los altos jerarcas en este tema también se manifiesta en los jueces de familia como es el caso del señor Mario Chacón, quien hace referencia a que este tipo de adopciones y en este mismo artículo periodístico manifiesta que esta práctica va en contra de los convenios firmados por el país y que “En muchas oportunidades se interpreta que basta con que la madre diga que entrega a su hijo para considerar que es adoptable, sin que se haya agotado la posibilidad de ubicar a ese niño con su familia. Ese es un problema inmenso pero aquí como que nadie lo ve como tal”, es decir, que desde su óptica no se evalúa el carácter de subsidiariedad de las adopciones, y que se va directo a la adopción sin evaluar la familia mediata del menor.

Sin embargo, hay quienes defienden este tipo de adopciones, como se puede observar en un artículo de la sección de opiniones de La Nación, cuyo escrito a su vez alega que el PANI a través de sus implementaciones solo ha logrado evidenciar que “en nuestro

país revela que muchos niños viven hacinados y mal atendidos en albergues del PANI y que más de mil niños viven en la calle, abandonados a su suerte, víctimas de la adicción, agresión y abusos de toda naturaleza”

Y a su vez el autor alega que la adopción directa no es sinónimo de cosas malas, pues no todas las personas tienen la finalidad de malversar con menores e indica que “la adopción en sede judicial es garantía de certidumbre, claridad, control, publicidad, seguridad, objetividad e imparcialidad, anteponiéndose siempre el principio rector del interés superior del niño.”

De esto se desprende que no por el hecho de que se tuvieran malas experiencias en el pasado, se debe limitar el ejercicio de este mecanismo de adopción, las cuales se hacen buscando siempre el bienestar del menor; además, con el deterioro de nuestra sociedad este tipo de adopciones solo se ha ido incrementando, de ahí surge la necesidad de un marco legal que proteja a todas las partes sometidas a este proceso pero en especial al de la persona menor de edad.

Pese a las deficiencias mencionadas anteriormente y a la realidad que se atraviesa en el país con respecto a las adopciones, en marzo del 2008 el representante del PANI y el defensor adjunto de la Defensoría de los Habitantes presentaron una acción de inconstitucionalidad contra jurisprudencia emitida en relación con las Adopciones Directas Internacionales, pues establecen que en lo emitido por los Tribunales de Familia no se respetan las distintas disposiciones de la convención del Haya y el artículo 21 de la convención de los derechos del niño, el cual establece:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación

jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiere, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante concreción de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

En este sentido la Sala Constitucional declaró:

La sentencia 005269-11, resuelve la acción de inconstitucionalidad en contra de la Jurisprudencia del Tribunal de Familia de San José en Materia de Adopciones Internacionales. En lo que atañe al Derecho de los Derechos Humanos, es preciso indicar que la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones (...) establece una serie de derechos a cualquier niño, independientemente, de su raza o nacionalidad (artículo 2°), tales como el

derecho a ser cuidado por sus padres (artículo 7º) y el derecho a un “nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” (artículo 27). De la misma manera, ese instrumento internacional le fija una serie de obligaciones a los Estados parte o signatarios, tales como la de velar “...porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos ... excepto cuando, a reserva de revisión judicial, ... tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (artículo 9º párrafo 1º) y atender toda solicitud, formulada por un niño o por sus padres, para entrar en un Estado parte o para salir de él en forma positiva, humanitaria y expedita (artículo 10, párrafo 1º). La Declaración Universal de Derechos Humanos de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, precisa en su artículo 16, párrafo 3º, que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (en idéntico sentido artículo 23, párrafo 1º, del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos de diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y seis). Por su parte, el artículo 25, párrafo 2º, de la supraindicada Declaración señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...” y, finalmente, en el artículo 24, párrafo 1º, se establece que “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. De las normas de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos transcritas, resulta, a toda luz, que los Estados tienen como deberes fundamentales la protección del interés del superior del niño, evitando la desmembración del núcleo familiar y promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental. Se declara CON lugar la acción. En consecuencia se declara inconstitucional la jurisprudencia del Tribunal de Familia de San José, según la cual las disposiciones del Convenio de la Haya no son aplicables a los casos de la adopción internacional directa. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la jurisprudencia anulada, sin perjuicio de las

sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. Se dimensionan los efectos de esta sentencia para que se entienda que, los Tribunales de Familia están obligados a aplicar las disposiciones del Convenio de La Haya a todo tipo de adopción internacional que todavía no esté firme, y atendiendo siempre el interés superior del menor.

En esta resolución, la Sala Constitucional habla principalmente de la subsidiaridad de las adopciones, pues establece la necesidad de evitar el rompimiento del núcleo familiar del menor, y establece que siempre debe reinar la protección del interés superior del menor, y bajo esta premisa declara con lugar la acción de inconstitucionalidad y obliga a los tribunales a la aplicación del convenio de la Haya.

A pesar de los esfuerzos del PANI por eliminar las adopciones directas, estas todavía se siguen realizando. El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas hace una manifestación al respecto de cómo se llevan a cabo las adopciones en el país y expresa su preocupación por el hecho de que este tipo de adopciones aún se siguen dando y además de eso "También le preocupa que la insuficiente regulación de los servicios de adopción privada, combinada con la debilidad de los mecanismos de control y seguimiento, pueda dar lugar a casos de trata de niños."

A su vez el Comité recomienda al Estado que:

a) Promulgue y aplique efectivamente una legislación que prohíba las adopciones directas por acuerdo entre los padres biológicos y los padres adoptivos sin la intervención del PANI, incluya al PANI en todos los procedimientos de adopción y armonice la legislación nacional con las normas jurídicas internacionales en materia de adopción, en particular las del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993);

b) Prohíba efectivamente las adopciones directas y, para reducir al mínimo los incentivos para dichas adopciones, revise los procedimientos administrativos de adopción establecidos por el PANI;

c) Mejore la coordinación entre los órganos judiciales y administrativos con el fin de garantizar la armonización de los procedimientos de adopción, regule los servicios privados de adopción y controle y restrinja las adopciones internacionales, de conformidad con el artículo 21 b) de la Convención; y

d) Investigue todos los casos de irregularidades en los procedimientos de adopción, enjuicie y sancione adecuadamente a los autores de adopciones ilegales y trata de niños, y establezca mecanismos de control adecuados para prevenir las infracciones de las leyes y los reglamentos pertinentes en materia de adopción.

A raíz de esto y con el tema medular como lo es acelerar el proceso de adopciones por parte del PANI con la finalidad de asegurar el cumplimiento del derecho a una familia a los menores de edad y así con la eficacia de esta institución en un futuro eliminar las adopciones directas, entra en el 2016 a la corriente legislativa un proyecto de ley impulsado por el Diputado Mario Redondo Poveda.

En este proyecto se pretende " facultar al PANI para que pueda ubicar a las personas menores de edad en una familia potencialmente adoptiva. Esta posibilidad evitaría que los niños y niñas crezcan institucionalizados y pierdan sus posibilidades de ser adoptados a causa de la duración de los procesos de declaratoria judicial de abandono" (texto base del proyecto de ley para agilizar las adopciones, Exp. 19919).

Sin embargo, con esta medida no se toma en cuenta que no siempre los niños en la institucionalidad del PANI son idóneos para la declaración de abandono con fines adoptivos ni se toman en cuenta aquellos casos en los cuales por alguna razón se puede

llegar a apelar la declaración de abandono y al final devolver al menor a su condición original.

Así como tampoco se pone en análisis el perjuicio que se podría causar en la psiquis del menor al permanecer en un hogar, sin embargo, en cuanto a la aplicación del interés superior del menor, se podría decir que es más idónea la convivencia del menor con una posible familia donde su ambiente y desarrollo sea óptimo, al hecho de permanecer en una institución donde no se le brinden los cuidados necesarios, en donde corren riesgos entre otros menores hipersexualizados, agresivos, etc.

Lamentablemente, este proyecto desde septiembre del 2016 no fue más tema de conversación en la Asamblea Legislativa lo cual deja mucho que decir de la poca importancia prestada por parte de los representantes del pueblo a la población menor de edad.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

Con el fin de encontrar respuestas a la problemática establecida, y tomando en consideración los objetivos planteados, es importante establecer los distintos mecanismos e instrumentos que se van a emplear para llevar a cabo esta investigación, esto para lograr un análisis concreto de la problemática existente.

1. Alcance de la investigación

Para efectos de un adecuado desarrollo del presente trabajo, es imprescindible establecer el alcance del mismo, en el caso puntual se considera que en virtud de ser un tema poco investigado, deberá utilizarse el alcance exploratorio

Hernández, Fernández y Batista (2010) establecen que:

Los estudios exploratorios se realizan cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura reveló que tan sólo hay guías no investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio, o bien, si deseamos indagar sobre temas y áreas desde nuevas perspectivas (p.79).

A su vez Hernández et al (2010) establecen que el valor de los estudios realizados bajo este tipo de alcance:

...sirven para familiarizarnos con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa respecto de un contexto particular, investigar nuevos problemas, identificar conceptos o variables promisorias, establecer prioridades para investigaciones futuras, o sugerir afirmaciones y postulados (p.79).

2. Enfoque

Para llevar a cabo una investigación de la mejor manera es importante establecer el tipo de enfoque con el que se va a llevar a cabo, ya sea cualitativo o cuantitativo. Dado a que en esta investigación se busca explorar a profundidad en un fenómeno jurídico-social, además de que la recolección de datos se hará a través de expertos y no por análisis de estadísticas, el enfoque es de carácter cualitativo pues es el que mejor se adopta para llevar a cabo la investigación.

Enfoque Cualitativo

Este enfoque se caracteriza por explorar fenómenos en profundidad donde se extraen significados de los datos recabados por medio de expertos en la materia y no se utiliza la fundamentación en las estadísticas.

Hernández, Fernández y Batista (2010) dicen que el enfoque cualitativo “Utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (p. 7).

Hernández et al (2010) al respecto indican:

La investigación cualitativa proporciona profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalles y experiencias únicas. También aporta un punto de vista “fresco, natural y holístico” de los fenómenos, así como flexibilidad (p.17).

3. Diseño

El diseño corresponde a una especie de guía que servirá para llevar a cabo la investigación, dicho diseño es determinado por el enfoque, en el caso del presente trabajo se utiliza el enfoque cualitativo, por dicha razón el diseño aplicado es el de Investigación Acción.

Investigación - Acción:

La finalidad de la investigación-acción es resolver problemas cotidianos e inmediatos (Álvarez-Gayou, 2003; Merriam, 2009) y mejorar prácticas concretas. Su propósito fundamental se centra en aportar información que guíe la toma de decisiones para programas, procesos y reformas estructurales.

En este sentido, Sandín (2003, p. 161) señala que la investigación-acción pretende, esencialmente, “propiciar el cambio social, transformar la realidad y que las personas tomen conciencia de su papel en ese proceso de transformación”. Por su parte, Elliot (1991) conceptúa a la investigación-acción como el estudio de una situación social con miras a mejorar la calidad de la acción dentro de ella. Para León y Montero (2002) representa el estudio de un contexto social donde mediante un proceso de investigación con pasos “en espiral”, se investiga al mismo tiempo que se interviene” (Hernández, Fernández y Batista, 2010, pág. 509).

4. Muestra de la Investigación

Para esta investigación se va a utilizar la muestra de expertos, esta consiste en tomar en consideración a expertos en la materia para la recolección de datos más precisos, pues provienen de aquellos que están en constante relación con la situación.

Para poder desarrollar a cabalidad esta investigación mediante la muestra de expertos, se contará con la participación de tres especialistas, quienes han desarrollado su vida profesional en relación con la niñez, la adolescencia y la familia y tuvieron participación en las instituciones encargadas de velar por los derechos del menor de edad.

Los sujetos que se han seleccionado para realizar la muestra son personas con trayectoria laboral y en ejercicio de su profesión en el ámbito del desarrollo del menor de edad, y por su conocimiento en el área son las personas indicadas para aportar datos de primera mano a la investigación.

5. Variables o Unidades de Análisis

Dado a que el enfoque de la investigación tiene un enfoque cualitativo, se utilizarán las unidades de análisis, estas corresponden al qué o porqué de la investigación, estas se obtienen de cada objetivo específico y corresponden a lo más importante del estudio, pues contienen una línea teórica en el marco conceptual.

6. Instrumentos

En esta investigación el instrumento que se va a utilizar para recabar información es la entrevista. El propósito de las entrevistas será obtener respuestas sobre el tema tratado para analizar así más adelante y poder responder a la problemática expuesta.

Hernández, Fernández y Batista (2010) establecen el instrumento de la Entrevista como:

...una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados). En el último caso podría ser tal vez una pareja o un grupo pequeño como una familia (claro está, que se puede entrevistar a cada miembro del grupo individualmente o en conjunto; esto sin intentar llevar a cabo una dinámica grupal, lo que sería un grupo de enfoque) (p. 418).

La entrevista será de carácter estructurada, es decir, con una serie de preguntas previamente establecidas, realizadas con base en las unidades de análisis, buscando la fluidez de interrogantes y respuestas para lograr la comunicación y la construcción conjunta de significados respecto al tema en cuestión.

7. Procedimiento para la Recolección de Datos

Para poder llevar a cabo la investigación, es indispensable tener información para realizar los respectivos análisis, esta información se recolectará mediante entrevistas y la revisión de documentos, estas dos formas son indispensables para localizar información valiosa.

La recolección de datos que provengan de las entrevistas se va a llevaran a cabo en el ambiente del participante, Hernández, Fernández y Batista (2010) establecen que:

Esta clase de datos es muy útil para capturar de manera completa (lo más que sea posible) y sobre todo, entender los motivos subyacentes, los significados y las razones internas del comportamiento humano. Asimismo, no se reducen a números para ser analizados estadísticamente (aunque en algunos casos sí se pueden efectuar ciertos análisis cuantitativos, pero no es el fin de los estudios cualitativos).

8. Método de Análisis

Para poder analizar todos los datos que se recopilen, se utilizara el Método de Factorización propuesto por Barrantes.

Este método consiste en determinar una serie de objetivos específicos para la investigación, que obedezcan al objetivo general, estos le dictan al investigador qué debe explorar. De estos objetivos específicos se derivan las unidades de análisis y con base en la conceptualización dada a estas, se realizan las preguntas de los instrumentos de investigación.

Una vez ejecutados los instrumentos de análisis, la información que proporcionan los participantes del estudio se clasifica por categorías de análisis donde serán descritas y analizadas respectivamente.

Posteriormente se procede a hacer la interpretación de los datos interrelacionándolas con el único propósito de darle respuesta a la pregunta de investigación.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS

En este capítulo se hará un análisis de los resultados de las entrevistas formuladas para de la investigación, donde se analizarán detalladamente las diferentes opiniones emitidas por los expertos, conforme con el tema en cuestión.

Hablar del tema de las adopciones nunca será sencillo ni dejará de ser un tópico delicado por la simple razón de que lo medular es otorgarle a una persona menor de edad un seno familiar, y es decir se trata del futuro y desarrollo integral del menor y es por esta razón se debe manejar de la manera más cuidadosa posible previniendo siempre su interés superior.

La adopción debe verse como una situación real y en el caso de las adopciones directas como un acto de amor en beneficio de todos, cuando por diversas circunstancias los menores de edad no encuentran en sus padres biológicos, el amor y afecto que por derecho natural deben recibir.

Asimismo, el Estado tiene el deber, a través de sus distintas instituciones, de asegurarle a todas las personas menores de edad de su territorio, el derecho de un hogar estable, saludable y seguro, en especial a aquellos menores de edad que han sido removidos de sus hogares y por alguna razón no puedan regresar a estos.

En las adopciones directas, como se mencionó en capítulos anteriores, es necesario que se mantenga el consentimiento de la madre, padre o ambos si están juntos en todo momento, esto en razón del principio de subsidiariedad de las adopciones, ello corresponde al hecho de que la adopción únicamente será una opción viable cuando el niño no pueda permanecer en su núcleo familiar por encontrarse en riesgo social.

De lo anterior se genera una gran preocupación con respecto a la situación de estabilidad en un hogar del menor, pues generalmente en estos procesos, los padres biológicos dan en depósito temporal al menor, en esta parte del proceso se da la declaratoria

de adoptabilidad, declaratoria de abandono y finalmente se da fecha para celebrar la adopción.

Si el niño está en un constante cambio de hogar, esto le genera problemas; al respecto, la Licda. Alma Ulloa quien es trabajadora social nos menciona que en esta situaciones se puede dar " El impacto emocional, porque no permite el apego, no poder identificarse con las figuras maternas y paternas, no se me permite la valoración del apego de sentirme identificado con una figura de autoridad que me dé a mi seguridad" (Anexo N° 3).

Es decir, el menor de edad no logra desarrollar un lazo estable con ninguna de las familias porque se le impide estar en constante flujo entre ellas; de hecho esta situación es algo que se le critica al PANI porque la viven los niños institucionalizados.

En relación con el riesgo que implica para la persona menor de edad el cambio constante de domicilio, el Lic. Pablo Vargas, psicólogo clínico nos manifestó lo siguiente:

Es el vínculo que va a generar el niño de protección en relación con su padre y madre, este vínculo es lo que más adelante le va a permitir incorporarse a la sociedad, una vez que termine esta etapa, porque es una etapa en que el niño indiferenciado, porque el niño aun no responde a sus padres, sin embargo, es aquí donde ese niño busca protección, esa seguridad. Cuando el chiquito se ríe, busca voces es cuando el cerebro se está desarrollando esto es más o menos de los 6 a los 12 meses, ya cuando tiene un año ya diferencian voces y dicen esta es la voz de mi mamá, de mi papá. ¿Qué pasa cuando el niño tiene 4 a 6 años? Ya empieza a relacionar sus emociones con el vínculo de apego, empieza a relacionarse con otros pares, se empieza a dar cuenta que hay otro mundo, ya está terminando la fase de verbalización, ya empiezan a manifestar lo que le gusta lo que no, entonces como vez si en las adopciones cortamos alguna de esas etapas se va a llegar a afectar mucho la forma en la que el niño se va a relacionar y la institucionalización o la no

permanencia en un seno familiar se nos convierte en un riesgo para el menor (Anexo N° 2).

De lo anterior se desprende que el daño psicológico causado a un menor de edad por no poder brindarle esa estabilidad domiciliar aunque sea por un plazo reducido podría llevarla a problemas a la hora de socializar, así como de seguridad e incluso con mucha frecuencia podrían seguir manifestándose en la vida adulta.

El Lic. Roberto Sossa menciona la relevancia de mantener al menor de edad con su familia biológica y manifiesta que:

Un niño (a) nunca va a estar mejor con nadie más que con su familia natural (biológica), de hecho existen muchos procedimientos para que los padres pueden desarrollarse como padres aptos, si es que quieren tener consigo al hijo, todo depende de su esfuerzo, pues no se nace con manual de padres, sino que esto es parte de un desarrollo integral que obliga a superarse para estos efectos. En el sentido expuesto es que los órganos encargados procuran el INTERES SUPERIOR se respete, valorando la conveniencia de que la persona menor de edad tenga un desarrollo integral en unión de su núcleo familiar biológico, partiendo de que en esa valoración sea la más objetiva posible (Anexo N° 1).

En relación con lo anterior, es comprensible la insistencia por parte de quienes se preocupan por el bienestar del menor para que este se mantenga en su vínculo familiar, y de ahí también se entiende el porqué de la obligación de hacer un estudio previo a los padres biológicos para identificar a fondo el porqué de su decisión, si esta obedece a un desapego emocional del menor o bien si la decisión es basada en la conveniencia del mismo.

Además, se debe tener presente que en esa búsqueda del bienestar y la seguridad de los menores de edad, en muchos casos, se han visto comprometidos por la insistente intención de lograr establecer a este en su núcleo familiar biológico, aun en casos donde las circunstancias de dicha familia van en detrimento de su bienestar. Aun cuando el principio de permanencia en la familia biológica es esencial, no se puede perder de perspectiva que el fundamento principal siempre debe ser el bienestar y la seguridad del menor, esto en pro del interés superior de este, el cual se vería reflejado en brindarle un ambiente adecuado en el hogar, de modo que se sienta amado y seguro, un lugar donde se pueda desarrollar física, mental y social además de proveerle una sana convivencia.

Sin embargo esta creencia en lograr la unidad familiar, en aquellos casos donde se intente buscar la rehabilitación de los padres biológicos y se realice un estudio exhaustivo cuando se presenta este tipo de adopciones; en muchas casos, es posible reubicar al menor con su familia sin la probabilidad de que estos recaigan en su situación previa y esto vaya a causar un perjuicio al menor.

De lo anterior se desprende también la importancia de que la familia biológica haya recibido información sobre las consecuencias psicológicas y jurídicas de la decisión de dar en adopción a su hijo, y en pro del bienestar de todos, se haga la debida verificación de que no se obligó a los padres mediante violencia ni se haya dado el ofrecimiento de dinero o bienes materiales a cambio del menor. Es decir, la adopción ha de tener causa y objetivos lícitos y toda la actuación debe ser en pro de los derechos de la persona menor de edad.

Previo a que se efectúe la adopción, y en el momento que se solicita la declaratoria de abandono por parte de los interesados, el juzgador da aviso al PANI en virtud de lo dispuesto en la ley, de que dicha institución deberá estar presente en todos los procesos en los cuales se vea involucrado un menor de edad, y pedirá al departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial que efectúe a través de exámenes sociológicos y psicológicos, la razón por la cual los padres toman esta decisión, por cuanto las razones aceptables serán solo aquellas referentes al riesgo social del menor debido a la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales, morales, jurídicas y psicoafectivas; asimismo, se hace hincapié en que la pobreza de la familia no es una razón suficiente por

las distintas medidas ofrecidas por el estado para salir adelante y además, la economía de una familia puede variar.

Es importante recalcar que, a diferencia de otras legislaciones, la costarricense en caso de adopciones directas, para la entrega voluntaria de un menor de edad cuando este es un bebé recién nacido, no se contempla el estado puerperal, dicho estado es a lo que popularmente se conoce como "la cuarentena".

Este periodo científica y medicamente se ha establecido como aquel que va inmediatamente después del parto y se extiende aproximadamente 6-8 semanas hasta que el cuerpo recobre su estado previo al inicio del embarazo, esta restauración incluyendo las hormonas y el aparato reproductor femenino.

Para Bonnet el estado puerperal "representa una condición psicopatológica y no un estado obstetra, el estado puerperal es un trastorno mental transitorio" (autor citado por Silva, 1991, pág. 185).

¿Porque es importante considerar este estado para las adopciones directas? Por una simple razón, cuando la mujer se encuentra en este estado puede sufrir un estado de psicosis influenciada por los cambios hormonales así como también podría a entrar a jugar un papel la depresión post parto.

Si a lo anterior se le suma que la mujer es una persona sin recursos económicos, contención familiar, con un embarazo no deseado o producto de una violación.

Dado a la relevancia del estado puerperal, es importante que se empiece a tomar en consideración ahora de regular la tramitología de las adopciones directas, en razón de proteger el interés superior del menor, pues una mujer en este estado podría tomar decisiones equivocadas y entregar a su niño.

De aquí se desprende la importancia de informar a los progenitores acerca de los efectos que se van a concretar una vez efectuada la adopción, haciendo especial énfasis en que el carácter de las adopciones en Costa Rica es pleno, es decir, se da la pérdida total de cualquier vínculo entre ellos y su hijo.

Una vez que se realicen los estudios sobre la familia biológica del menor se puede decir que empieza el proceso para la declaratoria de adoptabilidad y declaratoria de abandono del menor de edad, los cuales son requisitos esenciales para que se pueda efectuar la adopción.

Sin embargo, es aquí donde se efectúan una serie de conflictos con respecto del proceso de adopciones directas, pues a diferencia de las adopciones efectuadas a través del PANI, el padre biológico puede recuperar el ejercicio de la patria potestad aun cuando ya se dictó la declaratoria de abandono.

Previo a analizar respectivamente ambas declaraciones, se debe recordar que antes de solicitar el proceso de adopción directa, el menor de edad, por voluntad de sus progenitores se puede poner en depósito judicial, al cuidado de los padres putativos por medio de notario público; asimismo, el notario no está obligado a realizar ningún tipo de estudio de idoneidad sobre los padres adoptivos ni los biológicos, situación que puede derivar en un riesgo inminente al infante.

A raíz del depósito, el menor de edad ya se encuentra bajo el cuidado de quienes podrían ser sus padres adoptivos, mientras se realiza la tramitación de los procesos que se consideran pre adoptivos, de esto se infiere uno de los requisitos necesarios para que se efectúe este tipo de adopción, el consentimiento expreso y permanente de los progenitores durante todo el proceso.

Y es aquí donde se resalta la problemática que podría generar en una persona menor de edad el desprendimiento tanto de su familia biológica como de su familia adoptiva, recuérdese que si bien es cierto se debe preservar al menor de edad en su núcleo familiar, no siempre es este el más óptimo para su desarrollo, y por ello es importante evaluar cada aspecto para la correcta aplicación del interés superior del menor.

En este sentido de la separación del menor de edad de cualquiera de las familias, el psicólogo Pablo Vargas nos manifiesta:

Bueno, en este sentido va a depender mucho, la edad del menor ya que este es un factor influyente, ¿Por qué? Simple por el nivel de comprensión, un niño en edades de preescolar no va a haber tanto problema, aunque podría llegar a causar conflictos en el vínculo de apego dependiendo del tiempo que estuviese con la familia, sin embargo, si podría ser más nocivo para un niño que sobre pase los 5 años, porque podría empezar a cuestionarse ¿por qué mi mamá en un principio no me quiso, y ahora si me quiere de vuelta?, o ¿porque estas personas que si me querían hoy ya no? o simplemente culparse de la situación por la que está pasando (Anexo N° 2).

De esto se desprende que sin importar la edad del menor, se podría causar un perjuicio en el desarrollo del vínculo de apego, y como se mencionó anteriormente, este vínculo es esencial para su desarrollo y adaptación en la sociedad, y puede traer consecuencias incluso en su vida adulta; a su vez se desprende que podría generar un sentido de culpa en el menor de edad, al no poder permanecer en un hogar.

Cuando se le preguntó al respecto de esta situación a la Trabajadora Social Alma Ulloa, concluyó en lo siguiente:

Es un tema muy polémico, sensible y difícil de manejar, ¿porque al final que pasa con las adopciones directas? Usted se da cuenta de que alguien va a tener un bebé y alguien que quiere adoptar, le comenta, se ponen de acuerdo, va se declara al menor en abandono en primer lugar, se le dice a la jueza tome aquí están los estudios, ella resuelve, tome vaya cámbiele los apellidos, simple, pero que es lo que pasa que en este país hay una sobre estimación del rol materno, siendo que desde la declaratoria de abandono la madre debería perder toda potestad sobre el menor a futuro. ¿Por qué? Porque si ya se llegó hasta esta instancia es porque ella no lo quiere, o no puede con el cuidado del menor, pero ahí están obligando a la madre a presentarse, dándole

chance para arrepentirse, trayéndose abajo todo un proceso y causando daños emocionales no solo al menor sino también a quien pudo llegar a ser su familia adoptiva, quienes ya se preparaban para recibir al menor, los impactos son a todo nivel hay emociones, ilusiones y sueños que se traen al piso y te los majan.

Tal vez un niño pequeño no sienta tanto el impacto pero en un niño que supere los 5 o 6 años sí va a ser un choque emocional muy poderoso y es aquí donde se genera un trauma para ese niño que tiene mayor capacidad y conciencia de lo que está pasando, porque los bebés igual se extrañan pero es más fácil que se acoplen, pero el nivel de conciencia que puede tener un niño de 6 en adelante cuando ya tienen claridad de lo que está pasando, de quienes son las personas de las que puedo confiar, eso puede llegar a crear inseguridad, desconfianza porque lo hacen romper vínculos, y esto le puede generar inseguridades que van a continuar hasta la vida adulta (Anexo N° 3).

En su manifestación la Lic. Alma trajo a colación que con la declaratoria de abandono, la madre no pierde derechos sobre el menor, pues aún se le faculta a pedir a su hijo de vuelta en la audiencia de adopción o en cualquier momento procesal previo a esta.

El proceso de declaratoria de adoptabilidad es previo a la declaratoria de abandono con fines adoptivos, ahí se establece que el niño por su situación no le cabe la posibilidad de contención en su familia biológica, es decir, se agotaron todas las instancias para revincularlo con su madre biológica o reinsertarlo con su familia ampliada.

Sin embargo, en cuanto a quien emite la declaratoria de adoptabilidad aún se encuentra en conflicto, pues por establecimiento de la Convención de los Derechos del Niño, se estipuló que para adopciones internacionales dicha declaratoria sería emitida por la autoridad competente (artículo 21 inciso a), en Costa Rica el ente por designio del PANI es el Consejo Nacional De Adopciones.

De lo anterior se desprenden conflictos en cuanto a las adopciones nacionales y efectivamente, en el caso de las adopciones internacionales, es el consejo la autoridad competente, pues se ha mencionado tanto en jurisprudencia como en el reglamento de procesos de adopciones, que este es únicamente competente en razón de los niños institucionalizados.

En esta línea de pensamiento, se considera importante respetar a la convención y a su vez el poder jerárquico de las instituciones; sin embargo, al momento de la declaratoria de adoptabilidad, quienes aún ejercen la patria potestad son los padres biológicos; estos son los que junto a los adoptivos piden este cambio, por lo cual es importante la manifestación del consejo en virtud de proteger al menor y de su criterio basado en sus peritazgos; asimismo, es la autoridad judicial competente la que debe evaluarlos y revisar la manifestación de los progenitores para declarar la adoptabilidad.

Seguidamente de la declaratoria de adoptabilidad, se da la procedencia de la declaratoria de abandono con fines adoptivos, y es importante distinguirlas pues la primera es una simple manifestación la cual, en pro de asegurar el derecho de tener una familia del menor edad, y en razón de la situación de riesgo en la que vive, es viable convertirlo en un sujeto de adopción.

Por ser la segunda una declaración donde se entiende que no hay quien responda a las responsabilidades parentales de este, es consecuencia de la pérdida de la potestad de los padres biológicos.

La razón conflictiva de esta declaratoria se da en razón del artículo 163 del código de familia, donde se establece que una vez dada la declaratoria de abandono con fines adoptivos, es imposible restituir la patria potestad; sin embargo, en razón de las adopciones directas, esta se podría recuperar, siempre y cuando aún no sea dictada la sentencia de adopción.

En este caso se podría decir que procede una indefensión a las partes que solicitan la adopción, pues la aplicación de la ley no está siendo igualmente aplicada para ellos tal y como se establece en la ley, y todo esto se escuda en el principio de subsidiariedad.

Sin embargo, es importante en todos los procesos donde hay personas menores de edad involucradas, poner la mirada en el niño y no en los progenitores o en los posibles padres putativos, y alegar que lo anterior como la única razón de perjuicio, es inviable.

Como otra razón se puede argumentar el hecho de que ya existe una declaración de adoptabilidad y en su caso una de estado de abandono; es decir, si ya se hicieron los exámenes y peritazgos correspondientes, y si se llegó a la conclusión de dictar dichas resoluciones, es porque en efecto el ambiente de dónde provenía el menor de edad no era el óptimo para el desarrollo del mismo, sin embargo se da la devolución del menor.

Recuérdese que para efectuar ambas declaraciones se debe hacer un análisis de la situación del menor, y como aplicación del principio del interés superior de este, se ha de establecer en un ambiente que le brinde todos los aspectos para un óptimo desarrollo tanto físico, psicoafectivo y moral. En relación con esto, el abogado Lic Sossa manifestó al respecto de la evaluación que hacen los jueces para dictar las declaratorias lo siguiente:

Los factores son extremos para la decisión de un juez, por ejemplo la actitud de ausencia de los padres, pues no demostraron interés por su hijo, lo han delegado a terceros, que pueden ser incluso familiares hasta el tercer grado.

“En este caso no asumiendo sus responsabilidades de padres, tampoco se nota algún intento por rehabilitarse como personas y progenitores. Algunos de estos casos, si no la mayoría han tenido antecedentes de tipo administrativo, en los cuales se les han dado tratamiento psicológicos, social, o se han enviado a instituciones como el IAFA para lograr la recuperación alguna vez con los niños ingresados en alternativas para su protección, se ha acudido a vía judicial para prorrogar las medidas de protección, mientras concluye el tratamiento. Se han iniciado procesos especiales de protección con hasta 6 meses para prorrogas como estas para lograr incorporar a los niños a sus hogares (Anexo N° 1).

Es decir, el análisis y el intento que hacen los juzgadores por mantener al menor en su hogar biológico es exhaustivo, no es una decisión a la ligera y se hace en pro del bienestar de este, por lo cual en las ocasiones en las que se da la devolución del menor a este, se vuelve inentendible.

Dada a esta razón, es prudente que a partir del consentimiento a los progenitores, se les establezca un plazo para revocar su decisión y a partir de la declaratoria de abandono donde se manifieste el consentimiento voluntario de entrega a su hijo en adopción a los padres putativos escogidos de manera directa.

En razón de lo anterior y a partir de ahí, se romperá todo lazo jurídico entre la familia biológica y el menor, como corresponde y está instituido en la ley que procederá con respecto de la declaratoria de abandono, es decir, esta no tendrá derechos ni obligaciones sobre el mismo.

Todo lo anterior en razón de los progenitores, pero también es importante tomar en consideración a los futuros padres putativos, para que estos no solamente cumplan con los requisitos establecidos por la ley para ser sujetos adecuados para adoptar, sino también han de estar preparados para la responsabilidad que ello implica. Esto no solamente en el sentido del aspecto económico, sino que sean capaces de brindar los espacios para el desarrollo moral, físico y psicoafectivo adecuados de los menores, y además el respeto a todos aquellos derechos que les corresponden.

Además, debe tenerse presente que muchas de las personas que dan voluntariamente a su hijo en adopción, es porque este embarazo es producto de una violación o bien la madre no tiene instinto maternal y es simplemente inimaginable insistir en mantener al menor de edad cuando la madre no puede desarrollar vínculos afectivos con este.

Esto tiene como fin que dicha adopción sea una búsqueda para otorgarle una familia al niño y no un niño a una familia, para lograr erradicar uno de los mayores riesgos y un acto generador de la oposición hacia esta y es el hecho de intercambiar menores a cambio de dinero u otras cosas.

Al preguntarles a los expertos sobre qué consideraban ellos como elementos necesarios para el desarrollo integral del menor en pro del interés superior de este, desde la óptica de su práctica laboral, se obtuvieron los siguientes datos:

El Abogado, Lic Roberto Sossa, indica que:

Ambos van de la mano el desarrollo integral de la persona menor de edad, es todo aquello que contribuye a su sano desarrollo, calidad de vida, integrando aspectos como amor, atención, educación, recreación, satisfacción de sus necesidades básicas vitales, las cuales al final son los elementos que pretenden satisfacer el interés superior del menor normativamente conocido.

La Trabajadora Social, Alma Ulloa, explica:

El desarrollo integral es el crecimiento óptimo que todo menor de edad debe de tener, esto lo relacionamos con el interés superior del menor porque al niño se le debe de priorizar un ambiente donde se le proteja, se le cubran las necesidades básicas y se le cumplan sus derechos, si lo vemos desde el punto de vista de los derechos, un ambiente familiar que le garantice esos derechos, para mí los niños podrían desarrollarse con la faltante de un aspecto, pero es necesario que reciban todos para un desarrollo pleno, donde se le brinde amor y afecto, procurar un ambiente donde el niño se sienta seguro, amado, protegido valorado, donde el niño aprenda a socializar, con todo esto podremos decir que se va a desarrollar adecuadamente e incluso para la vida futura.

El Psicólogo Pablo Vargas, afirma:

Es todo aquello que un menor debe tener un ambiente de paz, personas que lo quieran, que lo protejan, sentirse amado protegido, si usted puede desarrollar estas cosas en las primeras etapas, vas a tener un niño feliz, un niño que va a aprender de sus emociones, que va a desarrollar un vínculo de apego, que cuando llegue el eventual desapego de la familia para darle paso al apego con su pareja.

Mientras se tenga afecto, respeto, cariño, que el niño se sienta protegido, que sienta esa sensación de seguridad, que tus papas te acompañen te guíen, te dejen cometer errores y aprender de ellos, que haya un aprendizaje conjunto. Que se le enseñe auto control, que se le dé independencia, pero conforme a su desarrollo y que siempre pueda contar con los padres.

De todo lo anterior se desprende que no solo la necesidad de estar económicamente estable, sino de que sus padres, indiferentemente de si biológicos o adoptivos, estén calificados para brindar amor, cariño, comprensión y que sean capaces de ser ejemplos y pilares de la formación del menor, para garantizar el desarrollo integral de esta persona.

En razón de lo anterior se puede evidenciar una necesidad de control en cuanto a los futuros padres adoptantes, pues no es correcto que únicamente se observe su idoneidad en cuanto a requisitos para ser adoptantes, pues estos se encontrarían en un estado preferencial en cuanto a los quienes realizan trámites para llevar una adopción mediante el PANI, los cuales llevan múltiples sesiones y cursos previos para que se les declare como idóneos.

Es en este punto de idoneidad donde se debe poner un cuidado especial en lo referente al interés superior del menor, pues recuérdese que el depósito de este, previo a iniciar el proceso de adopción, se hace por simple trámite notarial, sin que caiga sobre el notario ningún tipo de responsabilidad sobre la idoneidad de las personas sobre las cuales se pone a la persona menor de edad.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez finalizada la investigación y realizado el análisis de la jurisprudencia, la doctrina y el criterio de los expertos, se ha llegado a las conclusiones expuestas a continuación.

De acuerdo con lo estudiado en la jurisprudencia se concluye que actualmente, el proceso para adoptar un menor a través del PANI es complicado y a esto se le suma una larga y tortuosa espera, y debido a esto se ha presentado la creciente de las adopciones directas, las cuales, como se ha mencionado, carecen de un marco jurídico que pone en peligro la aplicación del principio del interés superior del menor.

Sin quitarle méritos a la ardua labor que hace el PANI en materia de adopción, se debe determinar una serie de factores que vulneran la efectividad de las adopciones, lo cual durante estos procesos podría ver afectado el interés superior de las personas menores.

Según la jurisprudencia analizada logramos determinar que las deficiencias que se dan en los procesos de adopción recaen en las declaratorias de adoptabilidad y abandono; ambos procesos, previos a la adopción y requisitos indispensables para su tramitación, hacen muy extenso el tiempo durante el cual se llevan a cabo, por ello pueden resultar indignantes; producto de estos lapsos tan extensos se desprende como resultado que muchos niños han vivido su infancia, tras la larga espera de una transformación en su entorno familiar, digno para su adecuado desarrollo y calidad de vida.

Si la adoptabilidad se define con base de un estudio psicológico, social y legal sobre el niño y su familia de origen, para lograr establecer que el menor de edad es apto para pasar por un proceso de adopción, es incomprensible el hecho de volver sobre lo avanzado para determinar si la persona menor de edad puede ser declarada en estado de abandono con fines de adopción.

A la problemática anterior, se le debe sumar que, en caso de adopciones directas, no existe normativa ni es subsanable con lo estipulado en el convenio de los derechos del niño,

sobre quien recae la responsabilidad de dictar la declaratoria de adoptabilidad, en los casos de adopciones nacionales de tipo directas.

Bajo la mira de la problemática anterior, muchas adopciones han sido interferidas por el PANI, en virtud de ser quienes creen ser el ente para emitirlo, sin embargo su reglamento y el convenio solo le faculta en razón de adopciones directas internacionales y en casos de niños institucionalizados y con ello se deja un gran vacío legal.

Otro punto que sale a relevancia es la evidente sobreaplicación de la subsidiariedad, que se puede denotar según la jurisprudencia analizada, se ha observado que el PANI a toda costa quiere priorizar a la familia biológica como lo ideal para el menor, pues cada situación es diferente y es por esto que en estas adopciones se encuentran conflictos con respecto a la voluntad de los progenitores, el acompañamiento previo que se les puede llegar a brindar entre otros aspectos.

Una vez que el progenitor hace su consentimiento y pese a la información brindada, este vuelve a manifestar su deseo de realizar la adopción, se vuelve notorio el desapego que se tiene para con el menor y es aquí donde se debe analizar qué es lo más conveniente para la persona menor de edad, en aras de procurar su mayor y mejor interés, este principio sí se encuentra por encima de cualquiera.

Una situación que no contempla la legislación costarricense con respecto de las entregas directas, es el estado puerperal; este consiste en casi seis semanas donde la madre debe convivir con el menor, se puede ver como un periodo de reflexión y ofrece al niño una mayor posibilidad de quedarse permanentemente con su madre.

La idoneidad de los potenciales padres adoptivos es otro aspecto que entra en la carrera de las adopciones, y es que esta debe verse no solo como el cumplimiento de un listado de requisitos, sino también como la capacidad de formar un hogar estable para el menor, no solamente por tener una buena situación económica sino también por cumplir con buenos aspectos como éticos, psicológicos, sociales y médicos.

Lo anterior, debe considerarse en virtud de las actuaciones notariales que se hacen sin ningún respaldo, y posteriormente entran en proceso de adopción; actuar de esta manera

es incompatible con la búsqueda de la correcta aplicación del interés del niño, pues se le está colocando en una familia sin garantía de su capacidad para proteger y respetar a la persona menor de edad. La familia adoptiva debe tener la capacidad de asumir, de manera permanente, duradera y satisfactoria, como debería tenerla en caso de que fuera la familia biológica del menor, para evitar que este caiga en una situación de riesgo.

Otro aspecto fundamental es el acompañamiento a los padres biológicos para que sepan y entiendan cuáles son las consecuencias de la adopción, y particularmente, dicha información se brinda actualmente durante todo el proceso y es emitida una vez más por el juzgador previo a emitir la resolución de adopción.

Lo anterior remite al riesgo de mantener viva la necesidad del consentimiento de los progenitores en todo el proceso, pues si no se respeta lo emitido en la ley de la imposibilidad de recobrar la patria potestad, el riesgo se refiere a los daños psicosociales y psicoafectivos que puede llegar a manifestarse en una persona menor de edad por no mantener un domicilio fijo.

Una constante presente en materia de adopciones directas es la oposición que ocurre por parte del PANI y algunos juzgadores, dado a los riesgos preexistentes respecto a que esta práctica lo que hace es favorecer el tráfico de niños; sin embargo, debe decirse, que nada de eso ocurrirá si se da una correcta aplicación de las normas y el control judicial, además hacer hincapié en que no se debe generalizar la presunción de que detrás de toda adopción directa existe un hecho ilícito.

Haciendo referencia a las interrogantes presentadas en el planteamiento del problema ¿en este proceso de adopciones directas se respeta el Principio de Interés Superior del Niño?, y a la luz de la Convención de los Derechos del Niño, ¿Cuál es realmente este interés?, ¿el permanecer en una familia capaz de satisfacer todas sus necesidades o estar al lado de una familia que en un principio se creyó incapaz de velar por su bienestar? Se puede deducir lo siguiente:

El PANI, el Juzgado de Niñez y Adolescencia y Los Tribunales de Familia, como instituciones hacen los mayores esfuerzos para lograr que a los menores de edad se les

garantice la aplicación del interés superior del menor en los procesos de adopción directas, ya sea buscando la permanencia del menor con su familia biológica o en la colocación de su nueva familia adoptiva.

Pese a la existencia de leyes para las adopciones, no hay ninguna que regule las particularidades de estas, por lo cual no se puede garantizar que el interés superior del menor aplique de manera óptima.

La problemática principal se centra en la falta de regulaciones en adopciones directas, cuyos vacíos se deben llenar mediante tratados y convenios que aun así no son lo suficientes para asegurar el interés superior del niño que se está sometiendo a un proceso de adopción.

Y en razón de lo desarrollado en capítulos anteriores surge la idea de la importancia y necesidad urgente de regular las adopciones directas en Costa Rica, como una medida de garantía de los derechos y en especial del Interés Superior del Menor en dichos procesos.

Recomendaciones

- Ante la necesidad de dotar hogares estables a las personas menores de edad que se encuentran en estado de abandono o riesgo social, se hace evidente la necesidad de agilizar la adopción en el país, en beneficio de menores, pues se necesitan cambios urgentes en las etapas pre adoptivas como lo son la declaratoria de adoptabilidad y de abandono, para que estos sean declarados con la brevedad posible para evitar tener a menores institucionalizados y en situaciones de riesgo.

- Agilizar el trámite de las adopciones en pro del menor de edad y sus garantías, teniendo en cuenta que el actuar rápidamente, tanto para determinar la situación del niño y ofrecerle una familia adoptiva donde crecer, cuando su familia de origen por distintas razones, no debe significar actuar a la ligera sin tomar en cuenta las garantías necesarias en pro del interés superior del menor.

- Impulsar un marco normativo para establecer prácticas en pro de hacer respetar la voluntad de los progenitores en cuanto a la elección de la familia que tendrá a su cargo al del menor de edad, ante la falta de posibilidades de los padres biológicos de hacerse cargo, siempre y cuando esta elección no vaya en contra de la idoneidad de los posibles padres putativo ni el interés superior del menor.

- Desarrollar programas de asistencia, ayuda y consejo, a las madres que manifiesten rechazo para con sus hijos, tanto durante el embarazo como en la etapa post parto, y que consideran dar a sus hijos en adopción, esto con la finalidad de cumplir con el principio protector establecido en la Constitución Política sobre la madre y el menor, y llegar a las razones del porqué de su actuar y guiarla en una adecuada toma de decisión tanto para ella como para el menor de edad.

- Es necesario que se contemple en un cuerpo normativo, la voluntad de los padres a entregar a su hijo en adopción, para que dicha voluntad se tome como una declaratoria y se dicte una resolución sobre el acto donde los progenitores, de forma consciente e informada, renuncian a todos sus derechos y deberes sobre el menor, y en el proceso de adopción, un posible arrepentimiento no cause perjuicio en el proceso y la estabilidad domiciliar del menor.

- En un posible cuerpo normativo también se hace énfasis en la imperiosa necesidad de que se contemple el estado puerperal, el cual consiste en las seis semanas posteriores al parto, pues la madre se encuentra en un estado de cambios los cuales podrían nublar su panorama acerca de la situación con su hijo, tampoco nadie podrá otorgar un consentimiento ante autoridad judicial de un menor que aún no ha nacido, debido a lo anteriormente mencionado.

- En cuanto a los posibles padres putativos, es importante reconocer la decisión de los progenitores respecto de ellos como personas capaces de cumplir el rol que estos no pudieron; sin embargo, este respeto a la autonomía de la voluntad de los padres siempre deberá de pasar por filtros para declarar la idoneidad de estos, siempre con la finalidad de hacer lo menor para el menor.

- Por conflictos entre las normativas existentes y los vacíos legales que persisten, al momento de realizar esta investigación, se recomienda establecer una normativa uniforme mediante la cual se puedan efectuar las adopciones tanto internacionales como nacionales, en su carácter de directas, en pro siempre del bienestar del menor de edad.

CAPÍTULO VI: PROPUESTA

1. Objetivo

Es indudable que el deterioro de nuestra sociedad ha ido incrementando los casos de adopciones directas ya que es una vía mediante la cual se puede adoptar sin pasar por una larga tramitología a través del PANI, sin embargo se han estado efectuando sin que el marco legal sea el más adecuado.

Por ello, es imperativo establecer legislación para regular, de acuerdo con la normativa interna e internacional, este proceso de adopciones, en pro de velar por el mejor interés del menor y así amparar su derecho a desarrollarse en el núcleo de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados que satisfagan sus necesidades, cuando esto no le pueda ser brindado por familia biológica.

Esta propuesta tiene como finalidad viabilizar un procedimiento diligente y expedito para la adopción directa, en el que prevalezca el interés superior del menor, en los casos en que los padres biológicos hagan entrega voluntaria de estos para ejecutar un proceso de adopción.

2. Propuesta de ley

Ley Para para las Adopciones Directas

República de Costa Rica

Título I

Disposiciones generales

ARTÍCULO 1. De la Adopción Directa

La adopción directa tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y en pro de su derecho de vivir y desarrollarse en una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades para un adecuado desarrollo integral, cuando estas necesidades no puedan ser brindadas por su familia biológica.

La adopción directa es un proceso jurídico y psicosocial, en el cual los progenitores de forma personal escogen a los futuros padres putativos de su hijo, y de forma voluntaria y sin que medie ningún tipo de acuerdo económico ni coacción para realizar tal acto; mediante la adopción, el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo consanguíneo.

ARTÍCULO 2. Interés Superior del Niño.

Para efectos de esta ley, el interés superior del niño, es el principio que persigue asegurar la protección y desarrollo de este, en el seno de su familia biológica o en caso de no ser esto posible en una familia adoptiva seleccionada por sus progenitores.

ARTÍCULO 3. Definiciones.

Los siguientes términos utilizados en esta Ley se entenderán de la siguiente forma:

1. Adoptante. Persona mayor de dieciocho años que cumple con los requisitos y los procedimientos establecidos en la presente Ley para adoptar a una persona menor de edad cuyos progenitores desean dar en adopción.

2. Adoptado. Persona menor de edad, que por consentimiento voluntario de los padres biológicos, es entregado en adopción.

3. Autoridad Central. Entidad responsable de realizar la investigación concernientes a la adopción nacional e internacional. Conforme al Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Para efectos de esta ley, el órgano competente del Patronato Nacional de la Infancia, será el Consejo Nacional de Adopciones.

4. Notario. De conformidad con el artículo 2 de la Ley 7764, el Notario Público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial. Para efectos de esta ley, será el funcionario encargado de la entrega formal de la persona menor de edad mediante la suscripción de una escritura pública.

ARTÍCULO 4. Tipos de adopción.

La adopción podrá ser:

a. Individual. Si el adoptante es único

b. Conjunta es la decretada a solicitud de ambos cónyuges y solo pueden adoptar así quienes tengan un hogar estable. Para tal efecto, deberán vivir juntos y proceder de consuno.

c. Nacional;

d. Internacional.

Según lo establecido en el Convenio de la Haya sobre la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, cualquier autoridad competente que

intervenga en el proceso de adopción, deberá actuar conforme al principio de celeridad, en beneficio del interés superior del niño.

ARTÍCULO 6.- Asesoramiento Previo a la Adopción.

La autoridad central deberá brindar, a la persona menor de edad y a su familia de origen, asesoramiento sobre las alternativas para la adopción y todos los datos necesarios acerca de las consecuencias de este acto.

Lo anterior en la búsqueda de la permanencia del menor de edad en su seno familia de origen, siempre y cuando esto no presente un perjuicio para el menor.

(En concordancia con el artículo 114 del Código de Familia)

ARTÍCULO 7. Efectos de la Adopción Directa

La adopción directa produce los siguientes efectos:

a) Entre los adoptantes y los adoptados se establecen los mismos vínculos jurídicos que unen a los padres con los hijos e hijas consanguíneos. Además, para todos los efectos, los adoptados entrarán a formar parte de la familia consanguínea adoptante.

b) El adoptado se desvincula, en forma total y absoluta, de su familia consanguínea y no se le exigirán obligaciones por razón del parentesco con sus ascendientes o colaterales consanguíneos. Tampoco tendrá derecho alguno respecto de esos mismos parientes. Sin embargo, los impedimentos matrimoniales por razón del parentesco permanecen vigentes con respecto a la familia consanguínea. Asimismo, subsisten los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, cuando el adoptado sea hijo o hija del cónyuge del adoptante.

c) En lo concerniente al término y la suspensión de la patria potestad, para la adopción regirá lo estipulado en esta ley

(Según lo establecido en el artículo 102 del Código de Familia)

ARTÍCULO 8. Consulta Al Menor.

El menor será consultado en la medida de lo posible y su opinión y sus deseos se tomarán en cuenta según su grado de madurez. Lo anterior con la finalidad de conocer la opinión de este sobre la situación y aplicar como el principio del interés superior del menor.

ARTÍCULO 9. Sujetos que pueden ser adoptados.

Podrán ser adoptados para efectos de esta ley:

Las personas menores de edad cuyos progenitores en el ejercicio de la autoridad parental, inscritos como tales en el Registro Civil, consientan ante la autoridad judicial correspondiente la voluntad de entrega y desprendimiento y, que a juicio de dicha autoridad medien causas justificadas, suficientes y razonables que la lleven a determinar este acto como lo más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad.

ARTÍCULO 10. Requisitos generales para todo adoptante.

Para ser adoptante, se requiere:

- a) Poseer capacidad plena para ejercer sus derechos civiles.
- b) Ser mayor de veinticinco años, en caso de adopciones individuales. En adopciones conjuntas, bastará que uno de los adoptantes haya alcanzado esta edad.
- c) Ser por lo menos quince años mayor que el adoptado. En la adopción conjunta, esa diferencia se establecerá con respecto al adoptante de menor edad. En la adopción por un solo cónyuge, esa diferencia también deberá existir con el consorte del adoptante.
- d) Ser de buena conducta y reputación. Estas cualidades se comprobarán con una prueba idónea, documental o testimonial, que será apreciada y valorada por el Juez en sentencia.
- e) Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud, que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.

c) Si el adoptante tiene domicilio en el extranjero o es extranjero, deberá además presentar los siguientes documentos debidamente autenticados, legalizados y traducidos oficialmente al idioma español:

a) Certificación idónea de nacimiento de los solicitantes.

b) Certificación idónea extendida por la autoridad competente de su país de residencia habitual, que demuestre que cuentan con no menos de tres años de matrimonio.

c) Certificación idónea que contenga los requisitos que la persona menor adoptable debe cumplir para ingresar al país de residencia de los solicitantes.

d) Certificado idóneo de la autoridad central administrativa de su país de residencia habitual, que los declara aptos para adoptar.

e) Certificación idónea extendida por una institución pública o privada del Estado receptor, la que debe estar debidamente registrada ante el Patronato Nacional de la Infancia en su condición de Autoridad Central de Adopciones Internacionales, en la que conste que es una organización debidamente acreditada para adopciones internacionales según el Convenio de La Haya, durante el plazo de seguimiento post adoptivo establecido.

(En concordancia con lo establecido en los numerales 106 y 112 del Código de Familia)

Artículo 11. Impedimentos para adoptar.

No podrán adoptar:

a) El cónyuge sin el asentimiento del consorte, excepto en los casos citados en el artículo 108 del Código de Familia.

b) Quienes hayan ejercido la tutela de la persona menor de edad o la curatela del incapaz, mientras la autoridad judicial competente no haya aprobado las cuentas finales de la administración.

c) Las personas mayores de sesenta años, salvo que el tribunal, en resolución motivada, considere que, pese a la edad del adoptante, la adopción es conveniente para la persona menor de edad.

d) Quienes hayan sido privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad, sin el asentimiento expreso del Tribunal.

e) Quienes hayan purgado una condena por delitos contra menores de edad o delitos sexuales.

(En concordancia con el artículo 110 del Código de Familia)

ARTÍCULO 12. Prohibiciones.

Se prohíbe:

a. Que la adopción directa se de' por el otorgamiento de beneficios materiales o económicos, para las padres biológicos o en para personas que ejerzan algún puesto en las instituciones y autoridades involucradas en el proceso de adopción.

b. Que los padres biológicos otorguen el consentimiento para la adopción antes del nacimiento del niño y que tal consentimiento sea otorgado antes de las seis semanas de nacido el niño, salvo en casos notorios de riesgo para el menor.

Título II

Del proceso de adopciones directas

ARTÍCULO 13. Del Depósito temporal en Sede Notarial

El menor de edad podrá ser colocado en depósito temporal con su posible familia adoptiva por vía notarial, y el notario tiene la responsabilidad de constatar el cumplimiento por parte de estos de lo establecido en el artículo 10 de la presente ley.

ARTÍCULO 14. Para El Depósito Temporal en Sede Notarial

En virtud del artículo anterior y pese a la fe pública del notario, todo depósito de menor de edad en sede notarial con fines de adopción directa, deberá efectuarse ante testigos ajenos a los padres biológicos y futuros padres adoptantes estableciendo tres testigos como mínimo.

ARTÍCULO 15. Depósito Temporal en Sede Judicial

Podrán apersonarse ante sede judicial las personas interesadas en adoptar a la persona menor de edad, solicitando al juez competente el depósito temporal del mismo.

El juez competente decidirá la ubicación provisional de la persona menor edad, mediante resolución fundada y tomando en cuenta la voluntad de los progenitores al consentir la entrega del adoptando, así como la voluntad de la persona menor de edad, según su grado de madurez.

ARTÍCULO 17. Inicio del proceso de Adopción Directa.

Manifestado el deseo de los padres biológicos de dar en adopción a su hijo ante la sede judicial competente según su domicilio, se le dará parte al PANI, que a través del Consejo Nacional de Adopciones como entidad competente, deberá proceder con el estudio y recomendación para la toma de decisión de la declaratoria de adoptabilidad.

Dicho estudio y recomendación no podrá superar el plazo de un mes, en virtud del derecho de celeridad establecido en el Convenio de la Haya sobre la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en beneficio del interés superior del menor.

ARTÍCULO 18. Para la Declaratoria de Adoptabilidad

Para efectuar la declaratoria de adoptabilidad, se debe contar con una valoración psicosocial de la persona menor de edad y su familia, en la que se consideren las condiciones personales, familiares, emocionales, de salud.

ARTÍCULO 19. Declaratoria de Adoptabilidad

Una vez emitido el criterio por parte del Consejo Nacional de Adopciones, el tribunal competente que conoce de adopción directa de la persona menor de edad, llamará a audiencia de 48 horas, y tomando en cuenta los informes técnicos psicosociales determinará la condición de adoptabilidad de la persona menor de edad y procederá a dictar la resolución judicial que declara dicha condición.

ARTÍCULO 20. Firmeza de la Declaratoria de Adoptabilidad

Adquirida la firmeza de la declaratoria de adoptabilidad, se interpondrá el proceso judicial de declaratoria de abandono de la persona menor de edad con fines de adopción, adjuntando copia certificada de la resolución de adoptabilidad, de los informes y demás documentos en que se fundamentó la resolución.

ARTÍCULO 21. Declaratoria De Idoneidad.

De forma paralela al proceso de declaratoria de adoptabilidad, se llevará a cabo el estudio y la declaratoria de idoneidad de los futuros padres adoptantes.

ARTÍCULO 22. Declaratoria de Idoneidad del Adoptante.

Las personas que se apersonen al proceso de adopción directa como los futuros padres putativos, además de cumplir con lo establecido en el artículo 10 de la presente ley, deberán poseer tanto cualidades, como aptitudes que permitan el desarrollo integral del menor de edad.

El proceso para la declaratoria de idoneidad se llevará mediante un proceso en el cual el Juzgado de Niñez y Adolescencia establecerá si los futuros padres putativos son considerados capaces e idóneos para ejercer el cuidado del menor, en pro del interés superior de este.

Esta declaración se hará tomando en consideración los siguientes aspectos legales, económicos, psicológicos, médicos, sociales y personales, su vida de familia y la instalación de su hogar, así como sobre su aptitud para ejercer la guarda crianza a favor del menor; los motivos por los que el adoptante desea adoptar al menor, los estudios serán practicados a través de la sección de trabajo social y psicología del Poder Judicial.

La autoridad competente llamará a audiencia dentro de las 48 horas siguientes, y tomando en cuenta los informes dictaminados por la sección de trabajo social y psicología del Poder Judicial, procederá a dictar la resolución judicial que declara dicha condición de idoneidad.

Artículo 23. Declaratoria De Abandono.

Para la declaratoria de abandono, se tomarán en consideración los motivos de los progenitores para darlo en adopción, la situación de la persona menor de edad, la posible condición de riesgo social, así como las circunstancias bajo las cuales se dio el embarazo.

La situación de pobreza o extrema pobreza de los padres no constituye motivo suficiente para dar en adopción a un niño.

ARTÍCULO 24. Efectos de la Declaratoria de Abandono con fines de Adopción

Una vez que se encuentre en firme la declaratoria de abandono, los progenitores no podrán recobrar la patria potestad sobre su hijo, salvo arrepentimiento en el plazo establecido para la reafirmación del consentimiento.

ARTÍCULO 25. Manifestación del Consentimiento

Posterior a la declaratoria de abandono de los progenitores de la persona menor de edad, deberán presentarse ante la autoridad judicial competente para reafirmar su consentimiento. El padre o la madre que haya expresado su voluntad de entregarlo en adopción, ambos si fuere el caso, tendrán un plazo de 15 para retractarse, contados desde la fecha en que hayan declarado esa voluntad ante el tribunal. Vencido este plazo, no podrán emitir manifestación de arrepentimiento.

ARTÍCULO 26. Procedimiento de la Declaración de Voluntad

La audiencia será celebrada dentro de las 48 horas posteriores a la presentación del consentimiento por parte de los progenitores a en sede judicial.

Una vez realizada la audiencia, el juez informará sobre la fecha en que vencerá el plazo con que cuentan para retractarse, la cual empieza a correr a partir del día siguiente de la audiencia.

Si a la presentación de consentimiento solo se presenta uno de los progenitores cuando en el Registro Civil se constata quien es el progenitor faltante, se ordenará que se cite a la audiencia, bajo apercibimiento de que su inasistencia hará presumir su voluntad de entregar al menor en adopción.

ARTÍCULO 27. Procedencia del Consentimiento

1. El consentimiento de la madre y del padre.
2. El consentimiento de los abuelos del menor de edad en caso de que la madre de este también sea una persona menor de edad.

El consentimiento de la madre para la adopción de su hijo sólo será válido cuando se preste después del nacimiento del mismo, es decir, seis semanas después del nacimiento del menor, salvo en los casos en los que el menor se encuentre en un riesgo inminente dado a las condiciones de vida de la madre.

El consentimiento para la adopción deberá ser realizado por personas con todas sus facultades cognoscitivas y volitivas, previamente informados de las consecuencias de la adopción, y sin que medie coacción o beneficios económicos o materiales.

ARTÍCULO 27. Procedencia de la Adopción

Una vez realizadas las respectivas declaratorias establecidas en esta ley, y vencido el plazo para la retracción de los progenitores, se dará inicio al proceso de adopción.

ARTÍCULO 28. Del Proceso De Adopción Directa

El proceso para la de adopción directa se llevará conforme a lo establecido en el código de familia, para los procesos de adopción.

CAPÍTULO VII: BIBLIOGRAFÍA

Noticias Nacionales

La Nación. (2011). Parejas evitan trámites con adopción directa recuperado de <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/parejas-evitan-tramites-con-adopcion-directa/PP7VMFPB5NH3TOBFGJENOFDO4U/story/>

La Nación. (2006). La adopción por estos lares recuperado de <https://www.nacion.com/opinion/la-adopcion-por-estos-lares/ZB5LLMVXVBE63CNS7CGSXHBBJY/story/>

La Nación. (2010) ¡Esta es la realidad del PANI! <https://www.nacion.com/opinion/foros/esta-es-la-realidad-del-pani/FSWK6J3PLZBJNPN2T2H3FJH6IU/story/>

Revistas Y Publicaciones

UNICEF. (2009). Estado Mundial de la Infancia: Edición especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño.

UNICEF. Observaciones Generales Del Comité De Los Derechos Del Niño

Cillero, M. (1999). “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.” San José de Costa Rica, Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Pro Niños. (1999), APORTES: ¿Cómo defender los derechos de la niñez y la adolescencia?, Costa Rica., Una publicación cuatrimestral de la fundación paniam©r - - vol. 3 no. 8

Brena, I. (1998). Algunas reflexiones sobre los antecedentes de la adopción, México, Revista Derecho Privado, numero 27.

Fonseca Chacón, Nadia.(2012) Trabajo de graduación *Análisis de los Principios de Autonomía de la Voluntad y Subsidiariedad en la Adopción Internacional por Entrega Voluntaria*. Universidad de Costa Rica.

Legislación Nacional

Ley N° 5476 (1973). Código De Familia De Costa Rica

Ley N° .4573 Código Penal De Costa Rica

Ley N° 7.739 (1998). Código De Niñez Y Adolescencia De Costa Rica

Reglamento N° 27 (2005), Reglamento Para Los Procesos De Adopción Nacional E Internacional De Costa Rica

Protocolo Para Utilizar En Sala De Entrevistas

Ley N° 7648 (1996). Ley Orgánica Del Patronato Nacional De La Infancia

Ley N° 7184 (1990). Ley De Ratificación Del Convenio De Los Derechos Del Niño En Costa Rica

Ley N° 7517 (1995) Ley De Ratificación Del Convenio Relativo A La Protección Del Niño Y Cooperación En Materia De Adopciones En Costa Rica

Legislación Internacional

Declaración de Ginebra. (1924). la Sociedad de Naciones.

Declaración de los Derechos del niño. (1959). Asamblea General de las Naciones Unidas

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. (1989). Naciones Unidas.

Jurisprudencia

Tribunal De Familia Sentencia 00383 Del 2010

Tribunal De Familia Sentencia 00774 Del 2012

Tribunal De Familia Sentencia 0007 Del 2013

Tribunal De Familia Sentencia 00722 Del 2015

Sala Constitucional Sentencia 005269 Del 2011

Tribunal De Familia Sentencia 330 Del 2002

Tribunal De Familia Sentencia 811 Del 2016

Tribunal De Familia Sentencia 1314 Del 2010

Libros

Bofill, A y Cots, J. (1999), *La Declaración de Ginebra: pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*. Barcelona. Comissió de la Infància de Justícia i Pau.

Brena Sesma, Ingrid. (2005) *Las adopciones en México y algo más*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Pérez Contreras, María de Montserrat autor. (2010) *Derecho de familia y sucesiones / María de Montserrat Pérez Contreras*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

De la Cruz Figueroa, Yalena. (2011). *Quince años en la Página 15 (1996-2011)* Costa Rica. recuperado de https://books.google.co.cr/books?id=CLrI9NWhq8C&pg=PA257&lpg=PA257&dq=ineficacia+del+pani+a+que+se+debe&source=bl&ots=kBI5h9tuUQ&sig=WTnV-5RyS_olpX63swFIenMtfbQ&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjH2tC8ravZAhWruVkKHxNVACUQ6AEIKzAB#v=onepage&q=ineficacia%20del%20pani%20a%20que%20se%20debe&f=false

González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia. (2011). *El Interés Superior del Menor en el Marco de la Adopción y el Tráfico Internacional: Contexto Mexicano*. México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Rodríguez Gómez, G., Gil Flores, J., García Jiménez, E. (1996) *Metodología de la Investigación Cualitativa*. Ediciones Aljibe. Granada (España).

Gómez, B. Adroher, S. Berastegui, A. Se Busca Familia Para Un Niño. Perspectivas Psico-jurídicas Sobre La Adopabilidad. Editorial DYKINSON. S.L recuperado de https://books.google.co.cr/books?id=WVtfBwAAQBAJ&printsec=copyright&hl=es&source=gbs_pub_info_r#v=onepage&q&f=false

Hernández, Fernández y Batista (2010). *Metodología de la Investigación*. México D.F. Interamericana Editores.

Silva, H (1991) *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Recuperado de https://books.google.co.cr/books?id=uCfDeeSX0dEC&printsec=frontcover&dq=medicina+legal+y&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiGpZyl_-7ZAhWPt1kKHbC0DHEQ6AEINTAC#v=onepage&q=medicina%20legal%20y&f=false

Sitios Web

HUMANIUM recuperado de <https://www.humanium.org/es/>. Consultado el 31 de octubre del 2017

UNICEF recuperado de https://www.unicef.org/costarica/media_12771.htm consultado el 3 de noviembre de 2017

PANI recuperado de <http://www.pani.go.cr> consultado el 9 de noviembre de 2017

Comité de los derechos del niño. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm> Consultado el 10 de febrero de 2018

Anexos

Anexo No.1

Entrevista a Lic. Roberto Sossa

Cargo que desempeña: Abogado

1. ¿Cómo afecta el derecho de la persona menor de edad a desarrollarse de manera integral al no crecer en una familia estable, sino que se mantiene en un cambio constante? (Institucionalización, casa cuna, depósito temporal)

Es criterio de quienes andamos en el campo del litigio que la estabilidad de una persona menor de edad en todos los sentidos , emocional, habitacional, educativa, es vital para el desarrollo de todas sus potencialidades, para llegar a ser una persona normal, sano mentalmente y lograr la felicidad. De lo anterior se infiere que la inconstancia e inestabilidad en todos esos factores afectara a la persona menor de edad en su desarrollo integral.

2. Desde el punto de vista del interés superior del menor, ¿qué tan conveniente es devolver al menor a su familia biológica, quienes en un principio declararon ser incapaces de brindarle todo para para su desarrollo? (adopciones directas el caso de madre que reclaman a su hijo una vez iniciado el proceso)

El encuadre de su pregunta nos deja solo una alternativa, pues un niño (a) nunca va a estar mejor con nadie más que con su familia natural (biológica), de hecho existen muchos procedimientos para que los padres pueden desarrollarse como padres aptos, si es que quieren tener consigo al hijo, todo depende de su esfuerzo, pues no se nace con manual de padres, sino que esto es parte de un desarrollo integral que obliga a superarse para estos efectos. En el sentido expuesto es que los órganos encargados procuran el INTERÉS SUPERIOR se respete, valorando la conveniencia de que la persona menor de edad tenga

un desarrollo integral en unión de su núcleo familiar biológico, partiendo de que en esa valoración sea la más objetiva posible.

Conozco un caso específico de un menor que además de abusado siendo discapacitado, se le mantenía como medio de manutención del resto de la familia, al grado de la mendicidad, caso en el cual los estudios psicológico y social determinaron la imposibilidad de que el menor se mantuviera en dicho núcleo familiar, dando paso al proceso de adopción directa, e inclusive se dio el reclamo de la madre biológica del menor pero se demostró que su único interés era el beneficio económico que obtenían del menor, y pues aquí el interés superior debe privar a favor y beneficio de la persona menor de edad, y ese no era volver a su núcleo familiar biológico.

3. ¿Qué factores influyen en la decisión del juez o la jueza para declarar al menor en estado de abandono y adaptabilidad en los casos de adopciones directas?

Los factores son extremos para la decisión de un juez, por ejemplo la actitud de ausencia de los padres, pues no demostraron interés por su hijo, lo han delegado a terceros, que pueden ser incluso familiares hasta el tercer grado.

En este caso no asumiendo sus responsabilidades de padres, tampoco se nota algún intento por rehabilitarse como personas y progenitores. Algunos de estos casos, si no la mayoría han tenido antecedentes de tipo administrativo, en los cuales se les han dado tratamiento psicológicos, social, o se han enviado a instituciones como el IAFA para lograr la recuperación alguna vez con los niños ingresados en alternativas para su protección, se ha acudido a vía judicial para prorrogar las medidas de protección, mientras concluye el tratamiento. Se han iniciado procesos especiales de protección con hasta 6 meses para prorrogas como estas para lograr incorporar a los niños a sus hogares.

La autoridad judicial ha tenido conocimiento previo, por las solicitudes de abandono, en las cuales se han intervenido a los padres por denuncias incluso de vecinos. Todo esto como antecedentes que los jueces tienden a valorar en su momento, constituyen así factores a valorar en la decisión del juzgador.

4. Desde el punto de vista jurídico, ¿qué es riesgo social? Y ¿qué situaciones se consideran de riesgo social?

Podría decir que es toda aquella situación que violenta los derechos de la persona menor de edad, que pudiera dejar en riesgo en cuanto a su integridad física emocional o que evidentemente la ponga en una situación de vulnerabilidad

5. Desde la óptica jurídica, ¿qué es el desarrollo integral del menor? Y ¿cómo lo relaciono con el interés superior del menor?

Ambos van de la mano el desarrollo integral de la persona menor de edad, es todo aquello que contribuye a su sano desarrollo, calidad de vida, integrando aspectos como amor, atención, educación, recreación, satisfacción de sus necesidades básicas vitales, las cuales al final son los elementos que pretenden satisfacer el interés superior del menor normativamente conocido.

Anexo no. 2

Entrevista a Lic. Pablo Vargas

Cargo que ejerce: Psicólogo

1. ¿Cómo afecta el derecho de la persona menor de edad a desarrollarse de manera integral al no crecer en una familia estable, sino que se mantiene en un cambio constante? (Institucionalización, casa cuna, depósito temporal)

Primero quiero referirme a lo que es el vínculo de apego que es sumamente importante, Bowlby nos estableció 4 tipos de vinculo de apego, ¿qué es el vínculo de apego? Es el vínculo que va a generar el niño de protección en relación con su padre y madre, este vínculo es lo que más adelante le va a permitir incorporarse a la sociedad, una vez que termine esta etapa, porque es una etapa en que el niño indiferenciado, porque el niño aun no responde a sus padres, sin embargo, es aquí donde ese niño busca protección, esa seguridad. Cuando el chiquito se ríe, busca voces es cuando el cerebro se está desarrollando esto es más o menos de los 6 a los 12 meses, ya cuando tiene un año ya diferencian voces y dicen esta es la voz de mi mamá, de mi papá. ¿Qué pasa cuando el niño tiene 4 a 6 años? Ya empieza a relacionar sus emociones con el vínculo de apego, empieza a relacionarse con otros pares, se empieza a dar cuenta que hay otro mundo, ya está terminando la fase de verbalización, ya empiezan a manifestar lo que le gusta lo que no, entonces como vez si en las adopciones cortamos alguna de esas etapas se va a llegar a afectar mucho la forma en la que el niño se va a relacionar y la institucionalización o la no permanencia en un seno familiar se nos convierte en un riesgo para el menor.

El niño institucionalizado, o el que sus padres delegan el cuidado a terceros lo que aprenden es que hoy estoy aquí, pero mañana me devuelven, hoy voy para allá y mañana me devuelven, entonces él aprende que el apego es instrumental y temporal él no puede decir te quiero y me quedo con vos porque es muy riesgoso para él, y su psiquis no lo tolera, entonces desarrollamos un apego evitativo, que es lo que podemos ver en muchos casos de adopciones, donde el menor puede llevar a evitar encariñarse porque le duele. Y el

dolor se puede ver desde la perspectiva del niño como desde la de la futura familia adoptante que ya estaba anhelando tener ese niño ahí y brindarle amor y protección.

Supe del caso de una niña de 13 años, a quien ya la habían colocado en depósito temporal con una familia, la familia ya había acondicionado una habitación y todo lo necesario para tenerla ahí, ambos ilusionados y al final por una decisión el PANI estableció que no hacían match y la niña tuvo que volver al albergue y ahora su único deseo es cumplir 18 años para salir, aunque no sabe qué va a hacer de su vida cuando salga, estamos convirtiendo niños en carne de cañón por no darles una familia.

Debemos tener presente de que se está transando con niños, no con objetos intercambiables, son personas, es alguien que siente, que llora, que se deprime es alguien con sueños.

2. Desde el punto de vista del interés superior del menor, ¿qué tan conveniente es devolver al menor a su familia biológica, quienes en un principio declararon ser incapaces de brindarle todo para para su desarrollo? (adopciones directas el caso de madre que reclaman a su hijo una vez iniciado el proceso)

Bueno en este sentido va a depender mucho, la edad del menor ya que este es un factor influyente, ¿Por qué? Simple por el nivel de comprensión, un niño en edades de preescolar no va a haber tanto problema, aunque podría llegar a causar conflictos en el vínculo de apego dependiendo del tiempo que estuviese con la familia, sin embargo, si podría ser más nocivo para un niño que sobre pase los 5 años, porque podría empezar a cuestionarse ¿por qué mi mamá en un principio no me quiso, y ahora si me quiere de vuelta?, o ¿porque estas personas que si me querían hoy ya no? o simplemente culparse de la situación por la que está pasando.

En este sentido creo que sí debería dársele un acompañamiento al menor y explicarle el porqué de la situación, no dejarlos creer que es su culpa, el peor enemigo de uno, es uno mismo. Usted a un tercero lo perdona pero usted comete un error y usted se

vuelve el ser más implacable con usted mismo, te golpeas el autoestima ahora imagínate estos niños que por sí solos no entienden.

3. ¿Qué factores influyen en la decisión del juez o la jueza para declarar al menor en estado de abandono y adaptabilidad en los casos de adopciones directas?

Hay muchos factores, como por ejemplo la situación de los cuidadores, la forma en la que viven qué clase de vida le pueden llegar a brindar al menor, la estabilidad emocional de la familia es importante para ver si se puede llegar a dar un vínculo de apego que le va a permitir al menor desarrollarse, que pueda en un futuro integrarse en la sociedad porque esto se da desde la infancia, si le brindan amor y protección, pero sobre todo si esta familia quiere tenerlo, protegerlo y satisfacer sus necesidades, si esto no es palpable es inviable que el niño permanezca ahí y lo mejor es optar por otro camino que si le ofrezca esto al niño

4. Desde el punto de vista psicológico, ¿qué es riesgo social? Y ¿qué situaciones se consideran de riesgo social?

Son todos esos factores que por carencia pueden llegar a influir en que la persona menor de edad no se sienta valorado y se llegue a convertir en carne de cañón, es decir, que llegue a caer en bandas de narco tráfico y sicariato, a la prostitución porque nunca le demostraron su valor y se desintereso por su cuerpo.

¿Cómo se está seguro de que usted es usted? Porque sus papás lo tocaron, si a vos no te tocan, la mente no sabe que existís. ¿Cómo sabe un niño que existe? Cuando lo tocan, ¿cómo empieza a distinguir que es él y que no es él? Recordemos que los bebés salen creyendo que ellos son todo y al irse desarrollando empiezan a diferenciarse, que soy yo y que no soy yo, es aquí donde vemos a los bebés que todo lo muerden, y el por qué es simple, si muerdo y me duele ese soy yo, si muerdo y no duele ese no soy yo, mi mente empieza a saber que existo y así se va desarrollando otras funciones y asociando que si hace determinada cosa obtiene algo a cambio. ¿Pero qué pasa si a mí no me tocan, no me

chinesean, no me cambian? No genero un sentido de pertenencia porque yo no todo lo puedo y no hay quien lo pueda por mí y aquí hay otro riesgo social. Una falta de pertenecía en la familia, falta de amor, de interés.

Tenemos embarazos de adolescentes y pre adolescente, muchas de sujetos adultos hasta 10 años mayores que ellas, muchos otros productos de violaciones y a veces, no se culpa pero esta situación genera un desprecio por parte de la madre al hijo y ya aquí tenemos un perjuicio para el menor.

Otro factor de riesgo es la situación social que se está viviendo donde la política saca lo peor de todos, el costo de la vida esta incontrolable y la tasa de desempleo es del 8% y hace casi que imposible hasta las necesidades básicas de un menor.

5. Desde la óptica psicológica, ¿qué es el desarrollo integral del menor? Y ¿cómo lo relaciono con el interés superior del menor?

Es todo aquello que un menor debe tener un ambiente de paz, personas que lo quieran, que lo protejan, sentirse amado protegido, si usted puede desarrollar estas cosas en las primeras etapas, vas a tener un niño feliz, un niño que va a aprender de sus emociones, que va a desarrollar un vínculo de apego, que cuando llegue el eventual desapego de la familia para darle paso al apego con su pareja.

Mientras se tenga afecto, respeto, cariño, que el niño se sienta protegido, que sienta esa sensación de seguridad, que tus papas te acompañen te guíen, te dejen cometer errores y aprender de ellos, que haya un aprendizaje conjunto. Que se le enseñe auto control, que se le de independencia pero conforme a su desarrollo y que siempre pueda contar con los padres.

Anexo no. 3

Entrevista a Lcda. Alma Ulloa

Cargo que ejerce: Trabajadora Social

1. ¿Cómo afecta el derecho de la persona menor de edad a desarrollarse de manera integral al no crecer en una familia estable, sino que se mantiene en un cambio constante? (Institucionalización, casa cuna, depósito temporal)

El impacto emocional, porque no permite el apego, no poder identificarse con las figuras maternas y paternas, no se me permite la valoración del apego de sentirme identificado con una figura de autoridad que me dé a mi seguridad. Porque todos en nuestra vida cuando no hemos tenido una figura paterna o materna, siempre el ser humano hace la sustitución de esa figura de autoridad que puede llegar a asumir otro familiar o tercero para que a la persona en su crecimiento, se identifique con él y esto le dé seguridad, el impacto es, que no hay seguridad, es una persona que va a crecer un poco confundida en sus relaciones con los otros, por que el proceso de socialización entendido como el proceso de construcción de todo ser humano no se está desarrollando, sin meterme en la parte psicológica, nosotros somos seres sistemáticos que tenemos todas las áreas, emocional, física, espiritual, nuestra mente, cuerpo, el ambiente donde yo me desarrollo, son áreas que tienen que ver como yo me involucro y como yo construyo mi vida, y todo para bien o para mal y de si funciona o no la familia, todos cumplen una función para hacerme crecer, para darme seguridad para crear un poquito de arraigo, y para establecer relaciones de odio y de amor porque somos seres humanos, y todos aportan a mi proceso de construcción social y como yo voy a interactuar cuando sea adulto.

¿Qué pasa en estos procesos de depósito temporal? Se priva el derecho de crecer en un ambiente familiar que se quiere dar pero como el tiempo es tan corto no permite el apego, porque en el momento en que el niño empieza a hacer una manifestación de identidad y amor con esa persona, se lo quitan y cortan cualquier que se pueda formar entre el niño y la familia, esto con conocimiento de causa. Entonces para mí me parece un proceso un poco brusco, pasivo agresivo porque no permite generar un sentimiento de

pertenencia y causa un rompimiento violento de la costumbre y acoplamiento que tenía el menor y esto podría repercutir en su capacidad para relacionarse.

Esto hace muchas veces que muchos de los niños grandes del PANI solo quieran salir de sus albergues, siendo que el Estado les juro protección y este es el mismo que le violenta los derechos porque los deja creciendo en un ambiente poco adecuado, y muchas veces agredidos física y sexualmente por otros menores del mismo lugar.

2. Desde el punto de vista del interés superior del menor, ¿qué tan conveniente es devolver al menor a su familia biológica, quienes en un principio declararon ser incapaces de brindarle todo para para su desarrollo? (adopciones directas el caso de madre que reclaman a su hijo una vez iniciado el proceso)

Es un tema muy polémico, sensible y difícil de manejar, ¿porque al final que pasa con las adopciones directas? Usted se da cuenta de que alguien va a tener un bebé y alguien que quiere adoptar, le comenta, se ponen de acuerdo, va se declara al menor en abandono en primer lugar, se le dice a la jueza tome aquí están los estudios, ella resuelve, tome vaya cámbiele los apellidos, simple, pero que es lo que pasa que en este país hay una sobre estimación del rol materno, siendo que desde la declaratoria de abandono la madre debería perder toda potestad sobre el menor a futuro. ¿Por qué? Porque si ya se llegó hasta esta instancia es porque ella no lo quiere, o no puede con el cuidado del menor, pero ahí están obligando a la madre a presentarse, dándole chance para arrepentirse, trayéndose abajo todo un proceso y causando daños emocionales no solo al menor sino también a quien pudo llegar a ser su familia adoptiva, quienes ya se preparaban para recibir al menor, los impactos son a todo nivel hay emociones, ilusiones y sueños que se traen al piso y te los majan.

Talvez un niño pequeño no sienta tanto el impacto pero en un niño que supere los 5 o 6 años si va a ser un choque emocional muy poderoso y es aquí donde se genera un trauma para ese niño que tiene mayor capacidad y conciencia de lo que está pasando, porque los bebés igual se extrañan pero es más fácil que se acoplen, pero el nivel de

conciencia que puede tener un niño de 6 en adelante cuando ya tienen claridad de lo que está pasando, de quienes son las personas de las que puedo confiar, eso puede llegar a crear inseguridad, desconfianza porque lo hacen romper vínculos, y esto le puede generar inseguridades que van a continuar hasta la vida adulta.

Me parece que en las adopciones directas es importante regularlas, y que en esta se establezca un acompañamiento, porque al final cuando se pone difícil es cuando la madre biológica reclama, ya incorpora otros actores como lo es el PANI y a veces el PANI tiene un estado de necesidad de insistir en mantener el vínculo materno cuando la madre carece de este, se tiene maximizado el rol materno. Tenemos al PANI consumiendo recursos y al final lo único que demuestra es una ineficiencia con una sobre saturación laboral que pone en riesgo el interés superior del menor y no puede ser el niño el más afectado en estos asuntos, el PANI está aquí para buscar familias para los niños pero los tiene en una espera eterna y aun así se oponen a las adopciones directas que en menos tiempo pretenden darle a los niños lo que ellos no han podido sin someterlos a la burocracia, el día que el PANI logre adopciones donde no se dañe tanto al menor y se le someta a un proceso rápido, ese día me opondré a las adopciones directas.

3. ¿Qué factores influyen en la decisión del juez o la jueza para declarar al menor en estado de abandono y adaptabilidad en los casos de adopciones directas?

Es mucho en lo que tienen que hondar un juzgador en este sentido, muchas veces estas adopciones se dan producto de una violación y es casi que imposible que logremos por más tratamiento que la madre sienta aprecio a este si cada vez que lo ve le conmemora lo acontecido, además hay familias expulsoras que por diferentes motivos no pueden contener a sus hijos, ya sea porque hay violencia, drogas prostitución, pero no solo podemos verlo como riesgo por condiciones económicas, porque hay personas con dinero que materialmente le pueden dar todo al menor pero simplemente no nacieron con ese don de maternidad para en un sentido emocional darle al menor lo mejor, y en este caso es mejor que un niño crezca en un hogar adoptivo que en un hogar donde se sienta marginado por sus propios padres.

4. Desde el punto de vista sociológico, ¿qué es riesgo social? Y ¿qué situaciones se consideran de riesgo social?

El riesgo social es el daño al que se puede ver sometido el menor por el ambiente donde se desarrolló, puede ser un ambiente de violencia física, psicológico y verbal, donde se le exponga a conductas sexualizadas e incluso que se le someta a actos sexuales. Ambientes de drogadicción, abuso del alcohol, abandono, una mala educación. El riesgo social es todo aquello que nos va a afectar que el menor de edad se desarrolló de una forma a adecuada.

5. Desde la óptica social, ¿qué es el desarrollo integral del menor? Y ¿cómo lo relaciono con el interés superior del menor?

El desarrollo integral es el crecimiento óptimo que todo menor de edad debe de tener, esto lo relacionamos con el interés superior del menor porque al niño se le debe de priorizar un ambiente donde se le proteja, se le cubran las necesidades básicas y se le cumplan sus derechos, si lo vemos desde el punto de vista de los derechos, un ambiente familiar que le garantice esos derechos, para mí los niños podrían desarrollarse con la faltante de un aspecto, pero es necesario que reciban todos para un desarrollo pleno, donde se le brinde amor y afecto, procurar un ambiente donde el niño se sienta seguro, amado, protegido valorado, donde el niño aprenda a socializar, con todo esto podremos decir que se va a desarrollar adecuadamente e incluso para la vida futura.