



Informe de Investigación

TÍTULO: ADOPCIÓN DIRECTA

Rama del Derecho: Derecho de Familia	Descriptor: Adopción
Palabras clave: Adopciones, Menores, Filiación, Progenitor.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 21/09/2011

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	1
2. DOCTRINA.....	1
a) Manifestación de voluntad de dar al menor de edad en adopción.....	1
b) La adopción directa en Costa Rica.....	6
3. NORMATIVA.....	6
a) Código de Familia.....	6
4. JURISPRUDENCIA.....	8
a) Consideraciones acerca del consentimiento de la madre.....	8
b) Precisiones acerca de la adopción directa.....	15

1. RESUMEN

A lo largo del presente informe se incorpora una recopilación doctrinal, normativa y jurisprudencial acerca del instituto de la adopción directa. Se abordan así los principales postulados teóricos subyacentes a esta figura, así como su regulación en el Código de Familia. De la misma forma, se incluyen dos extractos jurisprudenciales donde se examina el consentimiento que ha de prestarse junto con los aspectos jurídicos y sociales de su ejecución.

2. DOCTRINA

a) Manifestación de voluntad de dar al menor de edad en adopción

[ARIAS DE RONCHIETTO, C. E.]¹

“B.I. Importante precisión de la ley 24.779

La nueva ley de adopción, en los artículos 317, inciso a), último párrafo, in fine, 318 y 325, inciso e), incorporados al Código Civil, regula la manifestación judicial de la expresa voluntad de los progenitores de entregar al menor en adopción, en primer lugar, como uno de los requisitos para otorgar la guarda preadoptiva y, luego, como uno de los supuestos, taxativamente enumerados, que posibilitan el otorgamiento de la adopción plena.

Clarificando las conductas, prohíbe expresamente, en el artículo 318, "...la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo". Se trata, sin dudas, de una medida legal largamente reclamada por la doctrina. Fundamentalmente, tales alternativas no son proporcionadas a la dignidad del menor, sujeto de derecho, ni a la familia constituida por adopción, dando lugar a incalificables negociaciones en algunos casos, y en otros, a perniciosas negligencias.

B2. La derogada ley 19.134, artículo 11, inciso c)

El cuestionado artículo 11 de la derogada ley 19.134 preveía, en el inciso c), la manifestación expresa de la voluntad de los progenitores de que el menor fuese adoptado, asignándole a esa expresión de voluntad entidad similar, por su efecto jurídico, a las situaciones de privación de la patria potestad (inc. a), al hecho de haberlo confiado a un instituto de beneficencia desentendiéndose injustificadamente de él durante el plazo de un año (inc. b), o al desamparo moral o material evidente o al abandono en la vía pública del menor, judicialmente comprobado (inc. d). Es conocida la casi unánime crítica de la doctrina nacional a este artículo que disponía: "el padre o la madre del menor no serán necesariamente citados a juicio y no se admitirá su presentación espontánea".⁶⁴

Circunscribiéndonos al inciso c), referido a la manifestación expresa de voluntad de los padres de que "el menor sea adoptado ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial, o por instrumento público", concordamos con Bossert y Zannoni quienes, antes de la sanción de la ley 24.779, afirmaron que la manifestación de voluntad de los progenitores de que su hijo fuese dado en adopción, debía ser tomada en cuenta por el tribunal como un hecho que obligaba a la consideración de que el menor fuese dado en guarda preadoptiva, tal como lo habilitaba el citado artículo 11 de la derogada ley 19.134. Sostienen los



destacados juristas: "no es la voluntad lo determinante de la eventual adopción que se acuerde -pues los deberes derechos emergentes de la paternidad y la maternidad no son renunciables ni transfe-ribles - sino que la ley la toma en cuenta como un hecho que revela la conveniencia de que el menor sea dado en adopción plena".⁶⁵ Por mi parte, siempre pensé que esta posibilidad debía circunscribirse -estrictamente- al poder judicial, porque ello evitaría muchas de las afligentes situaciones que contemplan los demás incisos, como lo saben bien los especialistas en familia y minoridad; en especial, los magistrados. He señalado difícilismos mitificadores. La interpretación desestimativa de cuanto evidencia la expresión de voluntad de los progenitores de dar en adopción a su hijo manifestada judicialmente puede ser uno de ellos. No obsta a esta afirmación el carácter de irrenuncia-bilidad e inalienabilidad propio del estado de familia; cuyo fundamento radica tanto en la inherencia personal que lo caracteriza como en el imperio del orden público que informa el núcleo de los principios fundamentales del derecho de familia; la norma exige la consideración judicial desde otro ángulo: la real situación del menor.

¿Cómo, sin caer en una mera ficción formalista, podría el juez no considerar al menos un hecho significativo tal manifestación de voluntad por cuanto indica del vínculo familiar del menor? Además, deben tenerse presentes la función docente de la ley y el fin ejemplificador y propio del derecho -ius- como conductor hacia el bien común.⁶⁶

Considerar "emplazado en su familia biológica" al niño -un bebe de días o meses, en la mayoría de los casos- llevado ante el tribunal para manifestar, por parte de sus familiares de origen, la decisión de entregarlo en adopción, es abrir la puerta a que los pasos siguientes, al salir del juzgado, sean la entrega ilegal del niño y la anotación fraudulenta, o una secuencia de abusos y malos tratos, que expresen la poca voluntad de hacerse cargo de él.

Circunscribiendo estrictamente esta declaración de voluntad a ser manifestada ante la autoridad judicial -no así ante el órgano administrativo o por instrumento público, como se excedía en admitir la ley 19.134 - debe conservarse esta posibilidad como concreta prevención de muchas de las denigrantes conductas y situaciones a las que se somete a menores -indefensos- para llegar meses o años después, en definitiva, al desamparo o al abandono, pero precedidos por el daño causado por el incumplimiento gravísimo de los más elementales deberes correlativos a los derechos a los que el nexo biológico obliga. Daño que, considerando la vulnerabilidad del sujeto agraviado, multiplica sus efectos psíquicos y físicos por toda la vida del menor, como consecuencia de vivencias dolorosas, lesivas e imborrables, experimentadas desde la indefensión más evidente. La prevención es, también, deber jurídico del Estado respecto del menor, el "silencio legislativo"⁶⁷ atentaba, en nuestro tema, contra el cumplimiento

integral del Patronato de Menores.

Por ello, apruebo decididamente el nuevo artículo 317, incorporado al Código Civil por la ley 24.779, el que prevé, en el punto a), in fine: no será necesaria la citación y el consentimiento de los progenitores cuando "...hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción". Es acertado el realismo de la disposición y la circunscripción exclusiva, al Poder Judicial, de la manifestación de voluntad de confiar al menor en adopción que asegura el cumplimiento de garantías jurídicas indelegables; con la sola precisión, que fundamentaré más adelante, de que, en mi opinión, la citación de los progenitores corresponde efectuarla siempre; en cambio, es válida la distinción legislativa respecto al consentimiento de los progenitores debiendo ser evaluado éste o su negativa por el tribunal centrado en el bien del niño.

C. LA DACIÓN DEL NIÑO RECIÉN NACIDO EN ADOPCIÓN EN LA LEY 24.779

Entre todos los supuestos imaginables la dación del recién nacido en adopción es, tal vez, el más conmovedor. Por ello mismo, el derecho debe resguardar y ordenar, con tanta delicadeza como energía, esta situación. En primer lugar, respecto al menor, se debe asegurar el registro de todos sus datos biogénéticos, de sus datos de filiación maternos y paternos, debiendo cumplirse con el artículo 255, incorporado al Código Civil por la ley 23.264 y resolver el cuidado inmediato de su persona y su salud. Respecto a la progenitora, corresponde ayudarla a esclarecer espiritualmente su situación, antes y después del parto. Siempre he sostenido que debe conocer al bebe, estar con él; si bien esto no debe llevar más tiempo que el indispensable, para que la decisión, que comenzó seguramente mucho antes del parto, se tome a conciencia plena de cuanto significa.

En el caso de decidir conservar consigo al bebe, pienso que la reforma de la ley 24.779 debió prever que es obligación del tribunal fijar una nueva audiencia, a fin de controlar el desenvolvimiento de la relación, de la firmeza de los propósitos de los adultos, en suma, de la realidad existencial del niño.

C.I. La ley 24.779; el artículo 317 del Código Civil

El nuevo artículo 317 regula los requisitos para otorgar la guarda con criterio a un tiempo considerado y realista, centrado en el interés -bien personal- del menor dispone que es requisito para otorgar la guarda citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para la misma con fines de adopción, y que su consentimiento no será necesario en cuatro situaciones, las que, comprobadas judicialmente, hacen evidente el grave desamparo familiar del menor de edad. Respecto a los padres adoptantes el recibir un bebe, en sus primeros días o meses de vida, posibilita una serie inefable de vivencias cotidianas que los vincula, íntima y entrañablemente, con su hijo por adopción, en la alegría de haber podido recibirlo ¡en la vida!, como cada persona humana debe ser recibida y, además, los

padres adoptantes, guardadores preadoptivos en ese momento, pueden brindar al niño el cuidado responsable de su salud, tantas veces inicialmente precaria. En el caso del nasciturus la ley dispone en el citado artículo 317, inciso a) "... el juez determinará dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación". Adherimos al criterio propuesto. Brinda, con realismo, al tribunal espacio temporal suficiente para su prudente adecuación a cada caso concreto. En ese lapso, según sean las conductas y las circunstancias, el bebe puede ser confiado por el tribunal a las instituciones y personas autorizadas para brindar tales cuidados. Son de destacar, en especial, los hogares de tránsito que, en nuestro país, ofrecen las familias que prestan con generosidad esta delicada misión de solidaridad social, consistente en el cuidado del bebe o del niño, durante las semanas o meses que lleva el esclarecimiento judicial de su situación.

Además, la ley ordena, expresamente, bajo pena de nulidad, al tribunal tomar conocimiento personal del adoptando; de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los padres adoptantes, teniendo en consideración primordial las necesidades y los intereses del menor, atender a la opinión de los equipos técnicos consultados a ese efecto, y dar participación al Ministerio Público de Menores. Dispone similares recaudos respecto a la familia biológica, en el inciso d), del citado artículo 317, coincidiendo de este modo con las principales exigencias en el tema en derecho de familia.

El criterio judicial a decidir es tan delicado como concreto y debe adecuarse a la situación a la que está referido en relación a la progeni-tora, los progenitores en su caso y, muy en especial, al niño, más aún si es un recién nacido o un bebe de meses, que necesita -y se le deben-cuidados personalísimos.

C2. La ley 24.779. Importante incorporación de una causal específica de nulidad absoluta de la adopción

Dispone el artículo 337, incorporado al Código Civil por la ley 24.779: "adolecerá de nulidad absoluta..., inciso c) la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima él mismo y/o sus padres".

C.2.a. Una significativa omisión legal

Dada la exigencia de la enunciación expresa y previa de toda nulidad absoluta, el citado artículo 337, inciso c), debió prever, también, el engaño que pudieron haber sufrido los padres adoptantes, respecto "al supuesto o aparente abandono del menor". La omisión es significativa porque evidencia la rémora de un prejuicio, respecto a los padres adoptantes, que vemos que aún perdura: la sospecha de que, por ardid suyo, desapercibido por la justicia, resta en el origen de la adopción algo nunca bien clarificado. Esta suposición, si bien explicable por la torpe



reiteración de diversas conductas delictivas: "compra" de niños, de certificados, de inscripciones falsas, etcétera, es injusta.⁶⁸ Nadie más y mejor interesado que los padres adoptantes en el esclarecimiento objetivo y prudente de la situación preadoptiva del menor; hubiera correspondido, entonces, en la reciente reforma, protegerlos también a ellos del engaño que pudieran haber sufrido respecto a la situación del menor.

Distinto es, claro está, cuando se trata de conductas delictivas dolosas o culposas tales como la "compra" de niños, la "persecución" de una mujer embarazada en riesgo, las inscripciones falsas, los falsos certificados, etcétera, no son conductas propias de los padres adoptantes ni constituyen -nunca- adopción, son delitos; la mal denominada "adopción ilegal" no constituye adopción sino que se trata de los delitos de apropiación ilegítima de menores, sustracción de menores, delito contra la identidad de los menores de edad, supresión y/o suposición de estado civil (arts. 138 y 139, Cód. Pen.), que como tales deben ser tipificados en todas sus variantes, perseguidos y sancionados.

CJ. El derecho comparado

C.3.a. La Convención Europea sobre Adopción de Niños, Estrasburgo, 1967

En el derecho comparado, el plazo establecido para aguardar la decisión de la progenitora está previsto en diversas legislaciones, y responde en todas ellas, al mismo planteo humano de especial consideración, y al principio de prioridad de la familia biológica. En especial, fue receptado a partir de la Convención de Estrasburgo de 1967, Convención Europea sobre Adopción de Niños, su artículo 5.4 fijó el plazo mínimo de las seis semanas para que la madre pudiera asentir a la adopción; así lo hace también Inglaterra, artículo 12, Children Act. En tanto, la República Federal Alemana fija un plazo superior a las ocho semanas.

C.3.b. La ley española 21 de 1987

En cuanto a la citación de la progenitora, la ley española 21 de 1987 dispone que no podrá prestar el asentimiento para la adopción sino después de transcurridos treinta días desde el parto con el fin de no precipitar de ningún modo esta difícil decisión. Al respecto, con criterio centrado en la situación del recién nacido, opina el español Miguel A. Pérez Álvarez: "La regulación otorgada por la reforma de 1987 al asentimiento de la madre excluye, a mi juicio sin razón, la posibilidad de que, mientras no transcurran treinta días desde el parto, se pueda prestar dicho asentimiento siquiera de forma condicionada o revocable. El primer proyecto de 1986 disponía: No se admitirá el consentimiento irrevocable de la madre del adoptando en tanto no transcurran quince días del parto."

b) La adopción directa en Costa Rica

[VARGAS JAUBERT, R.]²

La adopción por entrega directa se da cuando los padres consienten ante la autoridad judicial su voluntad de entregar el menor a aquellas personas que ellos han escogido como los más idóneos para sean los padres de su hijo o hija; además de esto, deben existir causas justificadas para determinar que la entrega del niño a sus padres adoptivos es lo más conveniente para este, en virtud del interés superior del menor⁷⁷.

"En este tipo de adopción, el adoptado es un menor de edad quien no se encuentra declarado en estado de abandono, sino que tiene una filiación establecida con su familia biológica, quien otorgando su consentimiento ante la autoridad judicial competente acepta que esa filiación la adquiera los adoptantes y termine respecto a ellos"⁷³.

En el Reglamento PANI se regula el procedimiento para entregar a menores en adopción directa, y sobresale el hecho de que aunque los padres consanguíneos escojan a los futuros padres adoptivos, el Patronato Nacional de La Infancia realizará los mismos estudios psicológicos y económicos que a las parejas que no recibirán niños en adopción directa.

Si el PANI encontrara que los padres escogidos no son idóneos, entonces se escogerá a otra pareja que tenga mejores cualidades.

3. NORMATIVA

a) Código de Familia³

Artículo 100.- Definición (*)

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.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7538 de 22 de agosto de 1995. LG# 199 de 20 de octubre de 1995.

Artículo 106.- 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.

(* El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7538 de 22 de agosto de 1995. LG# 199 de 20 de octubre de 1995.

Artículo 109.- Personas adoptables (*)

La adopción procederá en favor de:

a) 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.

b) Las personas mayores de edad que hayan convivido con los adoptantes, por un tiempo no menor de seis años antes de cumplir la mayoría y hayan mantenido vínculos familiares o afectivos con los adoptantes. Si los adoptantes son familiares hasta el tercer grado de consanguinidad inclusive, la convivencia requerida será de tres años.

c) Las personas menores de edad cuyos progenitores, según sea el caso, consientan ante la autoridad judicial correspondiente, la voluntad de entrega y desprendimiento; siempre que, a juicio del Juez, medien causas justificadas suficientes y razonables que lo lleven a determinar este acto como lo más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7538 de 22 de agosto de 1995. LG# 199 de 20 de octubre de 1995.

(*) El inciso c) del presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8297 de 10 de setiembre del 2002. Alcance No. 69 a La Gaceta No. 182 de 23 de setiembre de 2002

(*) La reforma introducida al presente artículo mediante Ley No. 8297 ha sido declarada inconstitucional mediante Voto No. 6304-03.

Artículo 114.- Asesoramiento previo a la persona menor de edad (*)

La autoridad administrativa competente 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. Además, se asegurará de preparar a la persona menor de edad antes de la adopción, para facilitarle la incorporación a la familia adoptante y al nuevo entorno cultural adonde será desplazada.

Declaratoria de abandono de personas menores de edad.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7538 de 22 de agosto de 1995. LG# 199 de 20 de octubre de 1995.

4. JURISPRUDENCIA

a) Consideraciones acerca del consentimiento de la madre

[TRIBUNAL DE FAMILIA]⁴

“TERCERO: Sobre la adopción. El artículo 100 del Código de Familia, según reforma operada por Ley número 7538 del veintidós de agosto de mil novecientos noventa y cinco, define la adopción como una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social; además señala, que constituye un proceso jurídico y psicosocial mediante el cual el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos en calidad de hijo o hija. Esa norma, forma parte de una modificación general del régimen de la adopción, con el fin de adaptarlo a las condiciones jurídicas y sociales imperantes. En relación con esa reforma legal la Sala Constitucional consideró:

“LOS PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE LA ADOPCIÓN: Sobre la base de las anteriores consideraciones debe indicarse que resulta indispensable examinar,



desde una perspectiva general, 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) íbidem-, 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).

CUARTO: Antecedentes del caso concreto: Debe hacerse un recuento de lo acontecido: El día veintiséis de octubre del año dos mil nueve la señora M. presentó proceso de actividad judicial no contenciosa de adopción en su modalidad directa individual, a favor del menor P., quien había nacido muy pocos días antes, concretamente el día siete de ese mismo mes y año, figurando como madre la joven K., ella nació el día catorce de Junio de mil novecientos ochenta y ocho. La madre suscribió la petición inicial (ver folio 5) y dos días después de la presentación a estrado judicial, el día veintiocho, la joven K. compareció al Juzgado A-quo y manifestó su voluntad de entrega y desprendimiento de su hijo (ver folio 31). El Despacho dictó la resolución inicial a las diez horas quince minutos del cuatro de noviembre del año dos mil nueve (folio 32) ordenando entre otras medidas la publicación del edicto de ley y el depósito de honorarios para la designación de los peritos correspondientes. Luego, a las diez horas siete minutos del treinta de noviembre la joven K. se volvió a presentar al Juzgado A-quo y manifestó:

"No he podido conciliar el sueño, me hace mucha falta el niño, yo pienso que si he podido con dos puedo con tres. Ya termine octavo año, ya lo gane, voy para noveno. Mi mamá no sabía, a mi mamá se lo dijeron y empezó a averiguar, y conseguio (sic) un dictamen medico, en mi mente yo pensaba que ella no sabía del embarazo. Se enoja bastante, luego se le fue bajando. Me pregunto quien lo tenía, y me dijo que lo dejaba a mi consciencia y a los valores que ella me había enseñado. Yo he llamado varias veces a un numero que me dio la señora que tiene al niño, pero ese numero solo recibe mensajes, he dejado varios mensajes y no me han llamado. Yo he tratado de llamar para ver como esta el bebe, pero no he logrado ningún contacto. Yo le he comprado unas cosas que se va a necesitar como ropa, medias, pijamas, no mucho, barnice y lije la cuna que tenía y el Patronato Nacional me va a dar una ayuda económica y metimos los papeles de un proyecto de vivienda en Villa Paola. Me llamaron del Patronato por que los papas de los otros niños me acusaron, ya fui al Patronato, me dijeron que no tenía que preocuparme de los chiquitos. En el Patronato, la trabajadora social Flora llamaron a la abogada de la señora M., y ella les dijo que yo tenía que venir aquí hacer esa manifestación, nada más. En el Pani tienen fotos del niño y la tarjeta de citas, y hoja del postparto, mi mama se los dio. Estoy segura de querer tener a mi

hijo. Aunque yo se que materialmente esta bien, pero no va tener el amor de su madre, no le va faltar nada conmigo" (ver folio 37).

Es precisamente el tipo de adopción que nos ocupa en este caso: directa, la característica determinante para la comprensión de la decisión que se cuestiona, y debe tenerse presente que la adopción, aún la directa, tiene carácter subsidiario, esa característica ha sido claramente explicada por los magistrados de la Sala Constitucional:

"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)

La Convención sobre los Derechos del Niño, si bien es cierto, contempla el instituto de la adopción, recalca su carácter subsidiario y excepcional, sometido a estricto control jurisdiccional :

"Artículo 7.-

1. El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos."

"Artículo 9.-

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, "

" Artículo 20.-

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados partes asegurarán de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores..." (Artículo 20)

Ya más concretamente, establece la Convención que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, al señalar:

"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 requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario."

(artículo 21)

En el ordenamiento jurídico interno, el artículo 101 del Código de Familia indica que toda persona menor de edad tiene el derecho de crecer, ser educada y atendida al amparo de su familia, bajo la responsabilidad de ella y sólo podrá ser adoptada en las circunstancias que se determinen en ese Código. De lo expuesto, se arriba entonces a una premisa básica para evacuar esta consulta, y es que si bien tanto en el derecho internacional como en el derecho interno, se permite la adopción, ésta tiene un carácter excepcional y subsidiario frente al derecho de los niños de ser cuidados y permanecer junto a sus padres biológicos. Por esa razón, el legislador optó por establecer un régimen de adopción donde se exijan requisitos y formas determinadas que deben cumplirse en atención a los intereses de los menores de edad y personas adoptables en general" (el destacado es del redactor, ver Res: 2001-12994. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con treinta y siete minutos del diecinueve de diciembre del dos mil uno).

Contrario a lo que afirmó la apelante, la madre en sus palabras sí solicitó que le



entregaran de nuevo a su hijo: "Estoy segura de querer tener a mi hijo", y obviamente la única forma de tenerlo era que se lo devolvieran. La actuación de la Juzgadora de primera instancia está ajustada al tipo de proceso ante el que nos encontramos: 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, sin la posibilidad de ser representada por algún tipo de apoderado, ni siquiera especialísimo como ocurre en otros actos jurídicos como el matrimonio, 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.

Este Tribunal en aras de la averiguación de la Verdad Real ordenó prueba para mejor proveer, concretamente un peritaje psicológico forense de la madre (ver folios 103 a 109), los expertos concluyeron:

"La evaluada es una persona que al momento de la valoración psicológica forense cuenta con capacidades cognitivas adecuadas para la comprensión de las implicaciones del proceso judicial del cual es parte implicada. No se detectan alteraciones significativas en relación con sus habilidades y competencias funcionales a nivel cognitivo asociadas con su capacidad de juicio y de toma de decisiones. Por otra parte, la evaluación psicométrica no sugiere la presencia de un trastorno psicológico severo. Sin embargo, un análisis integral de la información recolectada sugiere indicadores de un desajuste emocional crónico significativo, evidenciando una tendencia a desorganizarse aún cuando este bajo situaciones moderadas de estrés. Este tipo de personas pueden mostrar una tendencia a la impulsividad y a la desorganización emocional para tomar decisiones (sic) en dichas circunstancias. Dadas las características descritas, se considera pertinente la intervención a nivel psicoterapéutico y el seguimiento de Trabajo Social, con el fin de propiciar el desarrollo de habilidades funcionales básicas que le permitan una mayor funcionalidad a nivel emocional, lo cual repercutiría en un ejercicio más competente de su rol parental" (ver folio 109).

Debe señalarse que la pericia se practicó el día diez de Febrero del año dos mil diez, momento para el cual el parto hacía acontecido hacía cuatro meses. La promovente se pronunció sobre esa pericia y solicitó para que se emita pronunciamiento acerca de si la madre estaba en condiciones de expresar su consentimiento para dar en adopción a su hijo, si bien es cierto esa indicación se consignó en el oficio remitido al Organismo de Investigación Judicial, eso no fue ordenado específicamente en la resolución en la que se dispuso la práctica de esa



pericia, en efecto, en auto de las ocho horas veinte minutos del veintisiete de enero del año en curso se dispuso la práctica de una "valoración psicológica" (ver folio 85), y lo determinante es que se concluyó que la madre "es una persona que al momento de la valoración psicológica forense cuenta con capacidades cognitivas adecuadas para la comprensión de las implicaciones del proceso judicial del cual es parte implicada" (el destacado es del redactor), por eso se rechaza expresamente la solicitud de "ampliación y aclaración". Además ese tema de interés de la promovente, será abordado a continuación.

En el proceso de adopción, en su modalidad de directa, es central el tema del consentimiento, y en especial el momento en que es otorgado por parte de la madre en relación con la fecha del parto, ese tema se denomina "estado puerperal" e incide en la validez de esta declaración de voluntad a favor de la adopción de un hijo. Según Rubén O. Corfiati: "el puerperio es el período transcurrido desde el momento del parto hasta que los órganos genitales, sus funciones y el estado general de la mujer vuelven a su estado ordinario anterior al parto" (citado por Herrera, Marisa. El Derecho a la Identidad en La Adopción. Editorial Universidad, primera edición, Buenos Aires, 2008, tomo I, página 447). Este tema reviste importancia en general y en este caso en particular porque "no es lo mismo quien se encuentra en pleno estado puerperal, y cambia de idea sobre la entrega en guarda con fines de adopción, que quien deja pasar días o meses sin cuestionar su decisión y luego se arrepiente" (ver Gowland, Alberto, misma obra citada por página 454). El período de puerperio es abordado en la doctrina e incluso se ha legislado específicamente en algunos países, prohibiendo la entrega durante ese lapso de tiempo, la supracitada autora argentina Marisa Herrera nos ilustra sobre la importancia del tema en distintos encuentros de especialistas, por ejemplo informa: "En las III Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones realizadas en Morón en el año 1993, en despacho mayoritario, se recomendó que el asentimiento de la madre biológica, a los efectos de la guarda con fines de adopción, solo será válido si es otorgado pasados cuarenta y cinco días de sucedido el parto. En este mismo sendero, Cecilia Grosman, en una ponencia presentada en la XIII Conferencia Nacional de Abogados, realizada en la ciudad de San Salvador de Jujuy en abril del año 2000, elevó la siguiente propuesta: 5.Resulta necesario reformar el art. 317 C .C. y establecer que la citación a la madre para que preste su consentimiento a la guarda preadoptiva debe hacerse después de transcurrido un término desde el nacimiento del niño que puede fijarse entre los treinta a sesenta días desde que se produjo el parto. Esta iniciativa fue receptada, siendo una de las conclusiones arribadas en la comisión n°3: El consentimiento a que alude el art. 317 del C.C. debe ser un consentimiento informado y la citación prevista en ese artículo debe hacerse después del período de puerperio que será fijado entre 45 y 60 días" (misma obra citada, páginas 451 y 452). A pesar de que en nuestro país no existe norma

alguna que regule este específico tema también debe ser considerado a efecto de ponderar el consentimiento expresado por la madre y su posterior arrepentimiento. Recuérdese que el menor nació el día siete de octubre del año dos mil nueve, apenas diecinueve días después, el veintiséis de ese mismo mes, se presentó a estrado judicial el escrito inicial del proceso de adopción, suscrito por la promovente y la madre, y dos días después, cuando sólo habían transcurrido veintiún días desde el nacimiento del niño la madre se apersonó al Juzgado a manifestar su desprendimiento del niño, todo esto se llevó a cabo claramente dentro de ese estado físico y emocional especial posterior al parto. La manifestación de arrepentimiento se hizo menos de dos meses después del nacimiento, ya que ella se presentó nuevamente al Juzgado el día treinta de noviembre y expresó su deseo de tener a su hijo. Es absolutamente comprensible la extensa y detallada preocupación de la señora M., también su afectación emocional, la cual se respeta profundamente, luego de haber tenido al menor a su cuidado y verse obligada a regresarlo súbitamente, pero no puede ventilarse y discutirse en este proceso las cualidades de la señora K. como madre, su entorno social, cultural y económico, aún cuando hipotéticamente fueran ciertos todos los hechos que expone ello no produciría ningún cambio en este proceso de adopción directa ante la negativa de la madre para que la promovente continuara con su hijo, por supuesto que sin perjuicio de los distintos procesos que se pueden promover en defensa de los derechos del menor P. Pero en estas condiciones no queda otra alternativa que confirmar la resolución recurrida.”

b) Precisiones acerca de la adopción directa

[PROCURADURÍA GENERAL]⁵

“La adopción directa

El texto del artículo 109 que se pretende nuevamente reformar, como se puede ver, no dispone nada acerca de las llamadas "adopciones directas" por cuanto éstas no constituyen per se adopciones internacionales en sentido estricto, sino se trata de una práctica que pretende evadir los trámites que el Convenio de La Haya establece al respecto. Este Convenio, como antes apuntamos, implica el reconocimiento de Estados ante Autoridades Centrales que colaboran entre sí con el objeto de no desvirtuar el instituto de la adopción internacional.

Siempre priva la tutela del interés superior del menor, pero ello no debe confundirse con la libre disposición de la madre de su hijo alegando el principio de la autonomía de la voluntad; pues así como se exige de los adoptantes cumplir con una serie de exámenes para poder ser declarados adoptantes, también se debe valorar las condiciones de la madre para desarraigarse de su hijo, tal como lo expresa claramente el Convenio en cuanto a las condiciones de las adopciones

internacionales su artículo 4° inciso c) que dispone:

" Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen:

a) han establecido que el niño es adoptable;

b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;

c) se han asegurado de que:

1.- las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,

2.- tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito ,....."

La pregunta que surge es si esas madres han sido convenientemente asesoradas (por grupos interdisciplinarios) para tomar esa decisión. Cuando se contestó la audiencia, nuestro país se encontraba consternado por la noticia del embarazo de una niña de nueve años. Por ello, nos preguntamos ¿qué clase de consentimiento puede dar ella en caso de que quiera dar a su hijo en adopción? El Estado no puede quedar impávido ante esta situación.

Ese dato no es tan aislado. En efecto, el último informe sobre el Estado de la Nación (N° 8 de 2001), en la página 61 indica "la fecundidad adolescente continúa siendo un problema. El 20,2% de los nacimientos del 2001 fueron de menores de 20 años" y en los cuadros estadísticos (página 328) podemos observar que efectivamente de un total de 76.401 nacimientos, 15.451 fueron de madres adolescentes (menores de 20) y de éstos 601 corresponden a menores de 15 años. Coincidimos con el informe en que continúa siendo un problema, uno de cuyas salidas lógicas lo es la adopción, por lo que el Estado está llamado a regular este instituto con el fin de que cumpla con los sublimes cometidos que lo caracterizan y no sea objeto de fines espurios, que lo desvirtúen."



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: *La Adopción*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 76-83.
- 2 VARGAS JAUBERT, Raquel: *El instituto jurídico de la adopción en Costa Rica: necesidad e importancia de su difusión en la sociedad costarricense*, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2007, pp. 52-53.
- 3 Ley No. 5476 de 2 de diciembre de 1973.
- 4 TRIBUNAL DE FAMILIA, Resolución No. 383-2010, de las ocho horas del quince de marzo de dos mil diez.
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Opinión Jurídica No. 38-2010, del veintiuno de julio de dos mil diez.