

Informe de Investigación

TÍTULO: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE ADOPCIONES Y DIVORCIO

Rama del Derecho: Derecho de Familia	Descriptor: Adopciones y Divorcio
Palabras clave: Familia, Adopción, Divorcio, Constitucionalidad, Sala Constitucional.	
Fuentes: Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 27/01/2012

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	2
2. JURISPRUDENCIA.....	2
a) Inconstitucionalidad de la jurisprudencia del Tribunal de Familia relativa a las adopciones internacionales.....	2
b) Denegatoria injustificada de acceso al expediente de la menor por parte de pareja encargada de su cuidado.....	13
c) Análisis sobre la constitucionalidad del requisito de diferencia de edad entre adoptante y adoptado.....	25
d) Medidas cautelares sobre el depósito de menores.....	30
e) Actuación arbitraria al impedir visita de la madre al albergue.....	33
f) Análisis sobre las restricciones establecidas por vía reglamentaria a las adopciones internacionales.....	35
g) Adopción directa por parte de extranjeros.....	46
h) Análisis sobre la constitucionalidad del requisito de separación de hecho durante 3 años como motivo de divorcio.....	50
i) Determinación de guarda, crianza y educación de los hijos en caso de divorcio.....	51
j) Inconstitucionalidad de plazo para divorciarse por mutuo consentimiento.....	61
k) Plazo de 2 años para decretar divorcio por separación judicial.....	66

1. RESUMEN

En el desarrollo del presente informe, se incorporan una serie de extractos jurisprudenciales de la Sala Constitucional relativos a las adopciones y los



divorcios. En este sentido, esta recopilación jurisprudencial se encamina a examinar los distintos aspectos de estas figuras a la luz de los principios constitucionales, así como interpretando los distintos tratados internacionales aplicables a la materia.

2. JURISPRUDENCIA

a) Inconstitucionalidad de la jurisprudencia del Tribunal de Familia relativa a las adopciones internacionales

[SALA CONSTITUCIONAL]¹

“C.- ANÁLISIS DE LOS ALEGATOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

VII.- Sobre los alcances del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.-

Esta Sala ya tuvo oportunidad de examinar el contenido y los alcances del Convenio de la Haya (Convenio de protección al niño y cooperación en adopción internacional), según sentencia 2007-00446 de las catorce horas con cuarenta minutos del diecisiete de enero del dos mil siete, tal como se indica a continuación:

“IV.- EL CONVENIO DE PROTECCIÓN AL NIÑO Y COOPERACIÓN EN ADOPCIÓN INTERNACIONAL (CONVENIO DE LA HAYA) Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. El Convenio de La Haya, aprobado en nuestro país de conformidad con la Ley No. 7515 del 22 de junio del 1995, constituye un esfuerzo de la comunidad internacional por desarrollar los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño y, a su vez, unificar los procedimientos de adopción de índole internacional. De esta forma, las consideraciones iniciales de dicho instrumento internacional, hacen referencia a tales aspectos, al señalar lo siguiente:

“(…) RECONOCIENDO que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión,

RECORDANDO que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen,

RECONOCIENDO que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen,

CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños,

DESEANDO establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (...).”

En ese sentido, dicho Convenio establece una serie de condiciones, así como el procedimiento bajo el cual debe substanciarse una adopción entre los Estados contratantes a fin de procurar la estandarización y seguridad en los trámites. El referido Convenio tiene por finalidad la dignidad de los menores de edad en el contexto de las adopciones internacionales, reconociendo de antemano algunos principios jurídicos afines, tales como el interés superior del niño, la doctrina de la protección integral y el denominado principio de subsidiariedad adoptiva, de donde es posible extraer el derecho del niño a poseer una familia permanente en su estado de origen o, en su defecto, en cualquier otro país a través de un debido proceso de adopción internacional ajustado al interés superior del niño y a los derechos humanos que le reconoce el derecho internacional. Lo anterior, como se indicó, de conformidad con lo estipulado por la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 3.1 y 21, preceptos que, respectivamente, señalan lo siguiente:

“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 (...).”

“Artículo 21.-

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

De esta forma, el problema que intenta prevenir o resolver el Convenio de La Haya, son todas aquellas situaciones de vulnerabilidad de los derechos del niño, causados por las adopciones internacionales que tienen lugar sin considerar su interés superior y sus derechos humanos, tales como la sustracción, la compra venta o el tráfico internacional que comportan como daño directo o colateral la degradación de la dignidad del niño, quien, como consecuencia de lo anterior, se convierte en un objeto expuesto a la apropiación y a la comercialización. En atención a lo anterior, el Convenio bajo estudio en su artículo 1°, estatuye lo siguiente:

“Artículo 1°.-

El presente Convenio tiene por objeto: a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional; b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.”

En consecuencia, la solución jurídica ofrecida por el Convenio de La Haya para remediar los problemas apuntados, es, como se dijo, el establecimiento y puesta en práctica de ciertas figuras o mecanismos supraleales llamados garantías, las cuales, han sido diseñadas en función de asegurar el cumplimiento del derecho del niño a contar con una familia permanente en su Estado de origen o bien, en otro país por medio de un debido proceso de adopción internacional. Así, entre las garantías más sobresalientes que contempla el instrumento bajo estudio, se encuentran la declaratoria de adoptabilidad internacional del niño, el agotamiento de las posibilidades de ubicación del niño en su Estado de origen, la constancia del Estado de recepción acerca de la aptitud para adoptar de los futuros padres adoptivos y los consentimientos parentales otorgados sobre la base de principios



jurídicos tales como: el asesoramiento psico-socio-legal anticipado, la transparencia informativa, la libertad decisoria del adulto y la autonomía progresiva de la voluntad del niño, la escritura de los registros, la ausencia de ánimo de lucro, la post-natalidad y legalidad interna en general (artículos 4° y 5°). Asimismo, destacan como salvaguardias complementarias, las garantías de seguimiento de las adopciones internacionales (artículo 9°), las denominadas condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales (artículos 14, 15, 16, 17, 19 y 21), las figuras del intercambio de informes sobre idoneidad comprobada del adoptando y adoptantes, los requisitos para confiar el niño a futuros padres adoptivos y para el desplazamiento internacional del niño, así como las previsiones en caso de fracaso de la “fase de empate” entre adoptando y adoptantes. Como se ve, dicho conjunto o catálogo de garantías supralegales, integra una especie de debido proceso de la adopción internacional, el cual, debe cumplirse mediante la correspondiente cooperación internacional de los Estados contratantes del Convenio de La Haya, principalmente, a través de la coordinación institucional e internacional a cargo de sus respectivas autoridades centrales administrativas designadas para tal efecto. Finalmente, y, sobre el particular, este Tribunal Constitucional, en el Voto No. 12994-2001 de las 14:37 hrs. del 19 de diciembre del 2001, indicó:

“(…) 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 (...).”

De lo cual se desprende: 1) Que la Convención de la Haya constituye un esfuerzo de la comunidad internacional por desarrollar los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño (ver los artículos 3.1 y 21) y, a su vez, unificar los procedimientos de adopción de índole internacional. 2) Que el problema que intenta prevenir o resolver el Convenio de La Haya, son todas aquellas situaciones de vulnerabilidad de los derechos del niño, causados por las adopciones internacionales que tienen lugar sin considerar su interés superior y sus derechos humanos, tales como la sustracción, la compra venta o el tráfico internacional que comportan como daño directo o colateral la degradación de la dignidad del niño, quien, como consecuencia de lo anterior, se convierte en un objeto expuesto a la apropiación y a la comercialización. 3) Que todo niño tiene derecho a poseer una familia permanente en su estado de origen o, en su defecto, en cualquier otro país, pero esto último, a través de un debido proceso de adopción internacional ajustado al interés superior del niño y a los derechos humanos que le reconoce el derecho internacional. Debido proceso aplicable a todo tipo de adopción, sin discriminar entre la adopción de niños “institucionalizados” y la adopción directa. 4) Que entre las garantías más sobresalientes contempladas como parte de ese debido proceso de adopción internacional y que son un conjunto de garantías supralegales, se encuentran:

- La declaratoria de adoptabilidad internacional del niño,
- El agotamiento de las posibilidades de ubicación del niño en su Estado de origen,
- La constancia del Estado de recepción acerca de la aptitud para adoptar de los futuros padres adoptivos,
- Los consentimientos parentales otorgados sobre la base de principios jurídicos tales como: el asesoramiento psico-socio-legal anticipado, la transparencia informativa, la libertad decisoria del adulto y la autonomía progresiva de la voluntad del niño, la escritura de los registros, la ausencia de ánimo de lucro, la post-natalidad y legalidad interna en general (artículos 4° y 5°).



- Las denominadas condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales (artículos 14, 15, 16, 17, 19 y 21),
- Las figuras del intercambio de informes sobre idoneidad comprobada del adoptando y adoptantes, los requisitos para confiar el niño a futuros padres adoptivos y para el desplazamiento internacional del niño, así como las previsiones en caso de fracaso de la “fase de empate” entre adoptando y adoptantes.

Con vista en lo anterior, se procede a continuación examinar si la jurisprudencia del Tribunal de Familia que desaplica el Convenio de la Haya –y con ello al debido proceso en materia de adopciones y a las garantías allí establecidas- a las adopciones directas, constituye una violación del Derecho de nuestra Constitución Política.

VIII.- Sobre la inconstitucionalidad de la jurisprudencia del Tribunal de Familia.-

La presente acción se presenta contra la jurisprudencia emanada del Tribunal de Familia de San José en materia de adopciones. Jurisprudencia que se desprende de lo resuelto en las resoluciones en cuestión (sentencia número 1076-99 de las 9:00 del 27 de octubre de 1999, además las sentencias 628-00 de las 11:00 del 12 de junio de 2000, 721-00 de las 11:00 horas del 12 de julio de 2000, 1225-2000 de las 8:45 del 23 de octubre de 2000, 1280-2000 de las 8:00 del 2 de noviembre de 2000, 1374-2000 de las 9:30 del 15 de noviembre de 2000, 158-01 de las 9:50 del 25 de enero de 2001 y 2089-04 de las 9:15 del 26 de noviembre de 2004), las cuales, establecen literalmente lo siguiente: Voto número N°1076-99 de las 09 horas del 26 de octubre de 1999 (folios 060-079), acoge la solicitud de adopción internacional rechazando el recurso de apelación, el cual sostenía la imposibilidad de aprobar la adopción internacional por incumplimiento de los requisitos exigidos en la Convención de la Haya sobre Adopciones. Dentro de los argumentos sobre los que se sustentó el Tribunal de Familia principalmente son que: “...la Convención de la Haya en donde se regula también la adopción nacional e internacional, pero referida a los niños que están bajo la protección del Estado, o lo que comúnmente se conoce en nuestra jerga, como niños institucionalizados ... Así, los convenios mencionados, con rango superior al Código de Familia, dejan vigente la adopción internacional directa o privada, en el cuerpo de leyes dicho, pues esta figura no fue contemplada en el Convenio de la Haya, rigiendo entonces, la normativa familiar, o sea, que los convenios mencionados, dejan la aplicación directa de sus alcances, sea reglamentada o desarrollada a través de la normativa familiar interna. Es entonces en ese sentido que, las disposiciones del Convenio de La Haya no podrían aplicarse expresamente a los casos de la adopción internacional directa,... VI. La decisión de una madre de dar a un hijo en adopción en la persona que ella designe, es un acto de la autonomía de la



voluntad, expresada en su consentimiento ante el juez competente ... [La subsidiariedad] No es cierto que esta figura deba cumplirse como un requisito de validez, en las adopciones internacionales directas...” (resaltado no corresponde al original). N°628-00 de las 11 horas del 12 de junio del 2000 (folio 081-094), se dice al igual que el voto n°1076-99 de las 09 horas del 26 de octubre de 1999 que: “Las disposiciones del Convenio de La Haya no podrían aplicarse expresamente a los casos de la adopción internacional directa... [la subsidiariedad] No es cierto que esta figura deba cumplirse como un trámite necesario e imprescindible y hasta como un requisito de validez, en las adopciones internacionales directas.” N°721 de las 11:30 horas del 06 de julio del 2000 (folio 097-114), se dice expresamente: “...no se aplica el Convenio de La Haya en forma igualitaria para las familias que pretenden adoptar niños costarricenses, haciendo una diferencia que no se contempla en dicha normativa, entre niño entregado en forma directa por quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, y, los niños institucionalizados... Los niños no son mercancía, sean institucionalizados o no, no se otorgan a una familia con base en una lista que se aporta en esta instancia ... sin que sea relevante si esa familia es nacional o extranjera ... Si se tomara la lista de familias que tiene el Patronato Nacional de la Infancia, como un parámetro de cumplir con la subsidiariedad que se alega, se estaría obstaculizando el derecho del niño de vivir en familia, pues ya sabemos el trámite que se debe cumplir: desde la institucionalización de la persona menor de edad, hasta la declaratoria de abandono, corriéndose el riesgo en todo ello, no solo del transcurso del factor tiempo, sino que no se llegue a una sentencia estimatoria.” “... en reiterados fallos del Tribunal se ha considerado, que la declaratoria de adoptabilidad de una persona menor de edad se refiere a los niños institucionalizados, mas no a aquella que es entregada por su representante legal, en pleno ejercicio de la autoridad parental, en forma directa a la familia adoptante.”. N°1225-2000 de las 08:45 horas del 23 de octubre del 2000 (folio 104-114) , igual que el voto n°1076-99 de las 09 horas del 26 de octubre de 1999 donde se dice expresamente: “...mediante la Convención de la Haya en donde se regula también la adopción nacional e internacional, pero referida a los niños que están bajo la protección del Estado, o lo que comúnmente se conoce en nuestra jerga, como niños institucionalizados ... Así, los convenios mencionados, con rango superior al Código de Familia, dejan vigente la adopción internacional directa o privada, en el cuerpo de leyes dicho, pues esta figura no fue contemplada en el Convenio de la Haya ... Es entonces en este sentido que, las disposiciones del Convenio de La Haya no podrían aplicarse expresamente a los casos de la adopción internacional directa... IV.- La decisión de una madre de dar a un hijo en adopción en la persona que ella designe, es un acto de la autonomía de la voluntad, expresada en su consentimiento ante el juez competente... no existe mecanismo en nuestra legislación que le limite ese ejercicio de la voluntad, salvo que, por sentencia judicial, se haya conocido de



situaciones atinentes a la suspensión o extinción del ejercicio de la patria potestad...” . N°1280-00 de las 08 horas del 02 de noviembre del 2000 (folio 116-126), igual que el voto n°1076-99 de las 09 horas del 26 de octubre de 1999 donde se dice expresamente: “...Es entonces en ese sentido que, las disposiciones del Convenio de La Haya no podrían aplicarse expresamente a los casos de la adopción internacional directa...”. N°1374-2000 de las 09:30 horas del 15 de noviembre del 2000 (folio 128-138) , igual que el voto n°1076-99 de las 09 horas del 26 de octubre de 1999 donde se dice expresamente: “...Es entonces en ese sentido que, las disposiciones del Convenio de La Haya no podrían aplicarse expresamente a los casos de la adopción internacional directa...” N°158-01 de las 09:50 horas del 25 de enero del 2001 (folio 139-144), igual que el voto n°1076-99 de las 09 horas del 26 de octubre de 1999 donde se dice expresamente: “Cuestiona el tratamiento que se da a los menores en los casos de adopciones por entregas directas, y destaca que hay violación del principio de subsidiariedad... Con todo respeto, debe decirse que los argumentos de la recurrente no son nuevos, por el contrario corresponden, en síntesis, a las mismas objeciones que se han formulado en otros procesos de idéntica naturaleza, y sobre el tema el Tribunal, en reiteradas ocasiones, con distintas integraciones ha sostenido una postura completamente diferente a la que mantiene el Patronato Nacional de la Infancia...a declaratoria de adaptabilidad en los casos en que se requiere ... es un requisito necesario y propio para la aprobación de las adopciones internacionales y nacionales de los niños institucionalizados, quedando por fuera de este presupuesto para las adopciones directas... la subsidiariedad ... no es cierto que esta figura deba cumplirse como un trámite necesario e imprescindible y hasta como un requisito de validez en las adopciones internacionales directas... De la resolución transcrita se desprende que no se comparte la tesis de la subsidiariedad en las adopciones por entrega directa, ni la necesidad de que el Patronato Nacional de la Infancia haya declarado la adaptabilidad que se reclama...” N°2089-04 de las 09:15 horas del 26 de noviembre del 2004 (folio 191-201) , indica que: “...denominado Convenio de la Haya... una persona menor de edad no se puede confiar a los eventuales padres adoptivos hasta que se cumplan los presupuestos del artículo 17 de la Convención, es lo cierto también que ello no le es aplicable, cuando estemos frente a la entrega directa para ser adoptado que de su menor hijo o hija haga su progenitora o progenitores ... ese procedimiento administrativo que contempla el convenio, cede ante la voluntad expresa de los padres de determinar a quien dar en adopción a su menor (es) hijo (s) o hija (s)... Con la Convención de la Haya, como se ha insistido, se regula la adopción nacional o internacional, con la particularidad de que ésta debe ser de obligatoria observancia cuando los niños estén bajo la protección del Estado, sea se encuentren institucionalizados.” “La subsidiariedad ... tratándose de una adopción internacional directa, dicho principio es inaplicable...” Todas ellas, como bien lo



indica la Procuraduría General de la República, han diferenciado entre: a) adopciones internacionales de niños institucionalizados y; b) adopciones internacionales de niños efectuadas por sus padres. Según dicha jurisprudencia, solamente en el caso de las primeras adopciones resulta de aplicación la Convención de la Haya. Por el contrario, en el caso de las adopciones efectuadas directamente por los padres de los niños pueden entregarse directamente los niños a los adoptantes internacionales. A partir de las resoluciones anteriores, la Procuraduría General de la República resume en los siguientes corolarios las consecuencias jurídicas de mantener tal jurisprudencia: 1. Los procedimientos establecidos en la Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, solamente se aplica a los niños que se encuentran bajo la custodia Estatal, definidos por el Tribunal de Familia como niños institucionalizados; 2. La Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional no se aplica a las adopciones directas, es decir, aquellas en la que existe una entrega directa a los padres adoptivos por parte de los padres del menor, toda vez que consideran que dicho procedimiento de adopción directa no fue considerado por el instrumento internacional; 3. La decisión en cuanto a la adopción es un acto de autonomía de la voluntad de los padres, según se desprende de los artículos 3, 5 y 21 inciso 1 de la Convención del Niño, 4 de la Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional y 109 del Código de Familia; 4. La declaratoria de adoptabilidad de un menor de edad sólo se aplica a los niños institucionalizados, según la definición que de tales realiza la jurisprudencia citada; 5. El principio de subsidiariedad no se aplica a las adopciones internacionales directas, en razón de que el artículo 4 inciso b de la Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional así lo dispone; indicándose que no es cierto que esta figura deba cumplirse como un trámite necesario e imprescindible y hasta como un requisito de validez en las adopciones directas por no estar contemplado en la normativa; 6. Cuando la madre ha otorgado el consentimiento, hay un ejercicio del libre albedrío, lo que de conformidad con el artículo 28 de la Constitución Política, no podría ser desconocido por el juez de familia a efectos de improbar la adopción internacional.

IX.- 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. En segundo lugar, el Convenio de la Haya constituye un esfuerzo por unificar los procedimientos para las adopciones internacionales, de forma tal, como lo estableció esta Sala en el voto supracitado 2007-00446, contiene un conjunto de garantías supraleales que integran una especie de debido proceso de la adopción internacional. Por ello, el cumplimiento a cabalidad de todos y cada uno de los requisitos, pasos y procesos, son aplicables a todo tipo de adopción internacional, pues el interés superior del menor está por encima de cualquier tipo de adopción internacional. No puede ignorarse que uno de los objetivos prioritarios de la Convención, según consta en su preámbulo, es impedir la sustracción, venta o tráfico de niños. Esta finalidad de tanta trascendencia, excluye la posibilidad de considerar que algunas adopciones no deban cumplir con las garantías contenidas en el derecho convencional. En tercer lugar, el Convenio de la Haya no distingue entre adopciones internacionales directas o institucionalizadas, más bien todo lo contrario, pues según el informe de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en su artículo 42 se indicó que “la adopción privada entrará dentro del ámbito de la Convención y están sujetas a los requisitos de la Convención”. En cuarto lugar, el artículo 112 del Código de Familia regula el procedimiento de adopciones internacionales (“Artículo 112.-

Adoptantes extranjeros: Las personas sin domicilio en el país pueden adoptar, en forma conjunta o individual, a una persona menor de edad que haya sido declarada, por la autoridad nacional competente, apta para la adopción. Cuando se trate de una adopción conjunta, los adoptantes deberán comprobar, ante los tribunales costarricenses, que: a) Tienen por lo menos cinco años de casados. b) Además de los requisitos generales establecidos en este Código, reúnen las condiciones personales para adoptar, exigidas por la ley de su domicilio. c) La autoridad competente de su país los ha declarado aptos para adoptar. d) Una institución, pública o estatal, o un organismo acreditado de su domicilio y sometido al control de las autoridades competentes del Estado receptor, velará por el interés del adoptado. La persona sin domicilio en Costa Rica, que desee adoptar en forma individual a un menor, deberá cumplir con los requisitos establecidos en los incisos b), c), y d) de este artículo.”) estableciendo el requisito de “declaratoria de adoptabilidad” para todo tipo de adopción internacional, sin hacer distinción entre adopciones directas o adopciones de niños institucionalizados. En quinto lugar, de las actas de la Asamblea Legislativa referidas a la reforma de 1995 al Código de Familia se puede extraer que la intención del legislador era asegurar la adopción internacional y cumplir el principio de subsidiariedad.



X.- Por todo ello, la jurisprudencia en cuestión del Tribunal de Familia: Viola el principio de igualdad al generar dos categorías de adopciones internacionales, las directas y las indirectas. Desaplicando a las primeras las disposiciones del Convenio de la Haya (en requisitos tales como declaratoria de adoptabilidad, y principio de subsidiariedad, entre otros), discriminación que atenta contra la seguridad de los menores adoptados bajo el procedimiento de adopción directa. Toda acción pública concerniente a una persona menor de edad debe efectuarse en beneficio y protección del interés superior, a fin de garantizar el efectivo respeto de sus derechos fundamentales y el libre y pleno desarrollo de la personalidad de los menores de edad, con independencia del tipo de adopción utilizado. Viola el principio del interés superior del menor porque evidentemente deja en una situación de desprotección a los menores adoptados bajo el tipo de adopción directa, pues en estos casos no se exigen todas las garantías constitutivas del debido proceso en materia de adopciones establecidas en el Convenio de la Haya referidas la declaratoria de adaptabilidad, el agotamiento de las posibilidades de ubicación del niño en su Estado de origen, la constancia del Estado de recepción acerca de la aptitud para adoptar de los futuros padres adoptivos, los consentimientos parentales otorgados sobre la base de principios jurídicos, y el intercambio de informes, entre otros. Lo cual supuso en estos casos, una supresión absoluta de la valoración del principio de subsidiariedad, y una auto-imposibilidad del juez de familia de analizar la adopción directa so pretexto del libre albedrío de los padres biológicos; y además, viola el debido proceso constitucional de la adopción internacional al no exigir los requisitos, pasos y garantías contenidos en la Convención de la Haya para el caso de adopciones directas. Distinguir en este caso es violatorio del principio de igualdad, además del interés superior del menor, y de los deberes del Estado de protegerlos. Asimismo, la jurisprudencia en cuestión viola los principios generales del Derecho referidos a que, no hay que distinguir donde el convenio no distingue y el principio conforme al cual cuando hay una norma más garantista se debe aplicar la que otorga mayor garantía, máxime si se trata de menores de edad.

XI.- Sobre la debida interpretación de los requisitos de declaratoria de adoptabilidad y principios de subsidiariedad.-

Dado lo establecido en el considerando anterior, y teniendo claro que los requisitos y procedimientos establecidos en el Convenio de la Haya son aplicables a todo tipo de adopción internacional, sin distinción alguna, conviene realizar una precisión sobre dos requisitos: la declaratoria de adoptabilidad y el principio de subsidiariedad, pues justamente en ellos se ha fundamentado la jurisprudencia cuestionada para excluir de su aplicación a las adopciones internacionales directas. Según la jurisprudencia cuestionada, exigir la garantía de “declaratoria de adoptabilidad” y exigir la garantía del “principio de subsidiariedad” supone que el

niño deba ser institucionalizado e incluirlo en una lista para que sea adoptado primero por alguna familia nacional, perjudicando su interés al no poder ser ubicado de una vez en la nueva familia. Lo anterior se desprende de la siguiente cita: "...Los niños no son mercancía, sean institucionalizados o no, no se otorgan a una familia con base en una lista que se aporta en esta instancia ... sin que sea relevante si esa familia es nacional o extranjera ... Si se tomara la lista de familias que tiene el Patronato Nacional de la Infancia, como un parámetro de cumplir con la subsidiariedad que se alega, se estaría obstaculizando el derecho del niño de vivir en familia, pues ya sabemos el trámite que se debe cumplir: desde la institucionalización de la persona menor de edad, hasta la declaratoria de abandono, corriéndose el riesgo en todo ello, no solo del transcurso del factor tiempo, sino que no se llegue a una sentencia estimatoria." N°721 de las 11:30 horas del 06 de julio del 2000 (folio 097-114) . Sin embargo, ese no es 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. Tal como lo indica la Procuraduría General de la República en su informe a esta acción, el examen en cuanto al principio de subsidiariedad dependerá de cada caso concreto y de cuál situación resulte al final más beneficiosa para el menor de edad, así que no necesariamente implica institucionalizar al menor y someterlo a una lista de familias costarricenses en espera. De igual forma, para la declaratoria de adoptabilidad tampoco se requiere la institucionalización del menor necesariamente, sino que simplemente se solicita a la autoridad competente – Patronato Nacional de la Infancia- declarar que el niño es sujeto de adopción. En síntesis, los requisitos y procedimientos establecidos en el Convenio de la Haya (en cuenta la declaratoria de adoptabilidad y el principio de subsidiariedad) son aplicables a todo tipo de adopción internacional, sin distinción alguna, y para el caso de las adopciones directas no supone necesariamente la institucionalización del menor, sino lo que más convenga a su interés superior, según cada caso concreto."

b) Denegatoria injustificada de acceso al expediente de la menor por parte de pareja encargada de su cuidado

[SALA CONSTITUCIONAL]²

"II.- SOBRE LAS ATRIBUCIONES DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA. La Constitución Política ha establecido que el Patronato Nacional de la Infancia es la institución autónoma encargada de la protección especial de los menores de edad. Al respecto, en reiterados pronunciamientos, este Tribunal ha resuelto, en lo conducente:

"(...) El legislador Constituyente en aras de proteger a la madre y al menor, creó con rango Constitucional, el Patronato Nacional de la Infancia, convirtiéndola en la

Institución rectora, por excelencia, de la niñez costarricense. Este sentimiento expresado en esta norma, está indudablemente unido también al interés de proteger a la familia como uno de los pilares fundamentales de nuestra sociedad. Los artículos 51 y 55 preceptan pues, dos de los valores más arraigados de nuestro pueblo, valores que gracias a la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hoy son compartidos a nivel mundial, existiendo consenso sobre el deber del Estado de proteger siempre, el interés superior del menor.(...)” (Sentencia N° 227-93 de las doce horas treinta y seis minutos del quince de enero de mil novecientos noventa y tres).

En ese mismo sentido, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Ley N° 4534 del veintitrés de febrero de mil novecientos setenta, dispone lo siguiente:

“Artículo 19.- Derechos del Niño.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

Asimismo, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 7184 de dieciocho de julio de mil novecientos noventa, se dispone lo siguiente:

“Artículo 3

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.

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. (...)”

Respecto a las medidas adoptadas por las autoridades competentes respecto al cuidado de los menores de edad y la necesaria separación de éstos de su núcleo familiar, la referida Convención dispone lo siguiente:

“Artículo 9

Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca



del lugar de residencia del niño.

En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

(...) “

Finalmente, de importancia para la resolución de este proceso de amparo, el artículo 19 dispone, textualmente, lo siguiente:

“Artículo 19

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.

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.”

En el ámbito infraconstitucional, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley N° 7648 de nueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, establece que dicha institución tiene como fin primordial proteger, especialmente, y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, como elemento natural y pilar de la sociedad (artículo 1°), atendiendo uno de los principios que informan esta materia, cual es la tutela del interés superior del niño o niña (artículo 2° de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia). Sobre el particular, el Código de la Niñez y la Adolescencia establece que las personas menores de edad no podrán ser separadas de sus familias, salvo en circunstancias especiales, y las medidas que se adopten tendientes a remover al menor de su seno familiar sólo se aplicarían cuando la conducta que originó la separación, sea atribuible a alguien que conviva con el menor (artículos 33 y 34). Asimismo, sostiene el Código que al remover al menor de su domicilio para su ubicación temporal en otro sitio, se debe tener en cuenta a su familia extensa o a quienes mantengan con él lazos afectivos (artículo



35). De igual manera, el artículo 133 del referido cuerpo normativo, faculta al Patronato Nacional de la Infancia que ante la amenaza grave o violación de alguno de los derechos consignados en el Código, se inicie un proceso especial de protección, ya sea de oficio o por denuncia presentada por cualquier persona o autoridad. Por último, cabe señalar que es necesario hacer ver que el Patronato Nacional de la Infancia tiene la potestad de tomar medidas cautelares una vez que haya tenido noticia de algún acto o omisión que perjudique los derechos de los infantes. Lo anterior, con el propósito de velar por el interés superior del menor y que por la duración del proceso no se le vaya a poner en un mayor peligro. Posteriormente, se debe seguir el trámite del procedimiento brindando las garantías procesales a todas las partes intervinientes, para que las mismas puedan ejercer su derecho de defensa (ver en este sentido la sentencia número 2007-003702 de las once horas doce minutos del dieciséis de marzo del dos mil siete) .

III.- SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD: la convención sobre los derechos del niño dispone: 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 9 . Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. El Código de la Niñez y Adolescencia.

Artículo 19.- Derecho a protección ante peligro grave Las personas menores de edad atenderán el derecho de buscar refugio, auxilio y orientación cuando la amenaza de sus derechos conlleve grave peligro para su salud física o espiritual; asimismo, de obtener, de acuerdo con la ley, la asistencia y protección adecuadas



y oportunas de las instituciones competentes. Artículo 34.- 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. Cuando la conducta motivadora de la medida se origine en un delito de lesiones o uno contra la libertad sexual atribuible a alguien que conviva con la persona menor de edad perjudicada, la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia u otra institución o persona pública o privada que conozca de estos hechos, deberá solicitar a la autoridad judicial la orden para que el imputado abandone el domicilio, según el Código de Procedimientos Penales y las medidas de protección contempladas en el artículo 3 de la Ley contra la violencia doméstica, No. 7586, de 10 de abril de 1996. Si no existiere otra alternativa que remover de la casa al niño para su ubicación temporal, deberá tenerse en cuenta, en primer término, a la familia extensa o las personas con quienes mantenga lazos afectivos. Agotados estos recursos, se procederá a ubicarlo en programas que para este efecto debe promover el Patronato Nacional de la Infancia. Siempre deberá informarse al niño, en forma adecuada a su etapa de desarrollo, sobre los motivos que justifican la aplicación de la medida cautelar y escuchará su opinión. Artículo 130.-

Causas para medidas de protección: Las medidas de protección a las personas menores de edad serán aplicables siempre que los derechos reconocidos en este Código sean amenazados o violados por una de las siguientes causas: a) Acción u omisión de la sociedad o el Estado b) Falta, omisión o abuso de los padres, tutores, encargados o responsables c) Acciones u omisiones contra sí mismos.

Artículo 136.- Medidas para padres o responsables Serán medidas aplicables a los padres o responsables de personas menores de edad, las siguientes: a) Remitirlas a programas oficiales o comunitarios de protección a la familia. b) Remitirlas a programas oficiales o comunitarios de apoyo, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos. c) Remitirlas a un tratamiento psicológico o psiquiátrico. d) Obligarlas a matricularse y observar su asistencia y aprovechamiento escolares. Por su parte el artículo 55 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA señala: La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado. Asimismo la LEY ORGÁNICA DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA, dice artículo 1.-

Naturaleza El Patronato Nacional de la Infancia es una institución autónoma con administración descentralizada y presupuesto propio. Su fin primordial es proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, como elemento natural y pilar de la sociedad. Artículo 2.-

Principios El Patronato Nacional de la Infancia será la institución rectora en materia de infancia, adolescencia y familia y se regirá por los siguientes principios:

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.

Artículo 4.- Atribuciones: Las atribuciones del Patronato Nacional de la Infancia serán: k) 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. n) Dictar resoluciones motivadas con carácter vinculante, en casos de conflicto, hasta tanto los tribunales resuelvan, en forma definitiva, sobre el particular. Artículo 37.- Obligación de colaborar Para dar debido cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución Política, las instituciones y los órganos gubernamentales quedan obligados a coadyuvar, en las áreas de su competencia, con el Patronato Nacional de la Infancia en la atención integral de la niñez y la adolescencia cuando este lo solicite para lograr el pleno cumplimiento de sus fines. Los órganos e instituciones del Estado deberán prestarle al Patronato Nacional de la Infancia, colaboración en las áreas de su competencia cuando la Institución se la solicite, para lograr el pleno cumplimiento de sus fines.

IV.- SOBRE EL ACCESO AL EXPEDIENTE: En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público -entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo este supuesto, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un

ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación -publicación y notificación-, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.

V.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público", derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la



persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados -bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

VI.- TOPOLOGÍA DEL DERECHO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra -fuera- y (b) ad intra -dentro- de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada -uti universi- y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico -uti singuli-. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado "Del acceso al expediente y sus piezas", Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274. El numeral 30 de la Constitución Política, evidentemente, se refiere al derecho de acceso ad extra, puesto que, es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo. Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional. La regulación de este derecho ha sido fragmentada y sectorial, así, a título de ejemplo, la Ley del Sistema Nacional de Archivos No. 7202 del 24 de octubre de 1990, lo norma respecto de los documentos con valor científico y cultural de los entes y órganos públicos -sujetos pasivos- que conforman el Sistema Nacional de Archivos (Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás entes públicos con personalidad jurídica, así como los depositados en los archivos privados y particulares sometidos a las previsiones de ese cuerpo legal).

VII.- SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El sujeto activo del derecho consagrado en el artículo 30 de la Carta Magna lo es toda persona o todo administrado, por lo que el propósito del constituyente fue reducir a su mínima expresión el secreto administrativo y ampliar la transparencia y publicidad administrativas. Independientemente de lo anterior, el texto constitucional prevé, también, un acceso institucional privilegiado a la información administrativa como, por ejemplo, del que gozan las comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política) para el ejercicio de su control político.



Debe advertirse que el acceso institucional privilegiado es regulado por el ordenamiento infraconstitucional para otras hipótesis tales como la Contraloría General de la República (artículos 13 de la Ley Orgánica No. 7428 del 26 de agosto de 1994; 20, párrafo 2º, de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, No. 6872 del 17 de junio de 1983 y sus reformas), la Defensoría de los Habitantes (artículo 12, párrafo 2º, de la Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992 y sus reformas), las comisiones para Promover la Competencia y Nacional del Consumidor (artículo 64 de la Ley No. 7274 del 20 de diciembre de 1994), la administración tributaria (artículos 105, 106, y 107 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), etc.. En lo tocante a los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información administrativa, debe tomarse en consideración que el numeral 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos", con lo que serán sujetos pasivos todos los entes públicos y sus órganos, tanto de la Administración Central -Estado o ente público mayor- como de la Administración Descentralizada institucional o por servicios -la mayoría de las instituciones autónomas-, territorial -municipalidades- y corporativa -colegios profesionales, corporaciones productivas o industriales como la Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar, el Instituto del Café, la Junta del Tabaco, la Corporación Arrocera, las Corporaciones Ganadera y Hortícola Nacional, etc.-. El derecho de acceso debe hacerse extensivo, pasivamente, a las empresas públicas que asuman formas de organización colectivas del derecho privado a través de las cuales alguna administración pública ejerce una actividad empresarial, industrial o comercial e interviene en la economía y el mercado, tales como la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz Sociedad Anónima (CNFL), Radiográfica de Costa Rica Sociedad Anónima (RACSA), Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (EPSH), etc., sobre todo, cuando poseen información de interés público. Por último, las personas privadas que ejercen de forma permanente o transitoria una potestad o competencia pública en virtud de habilitación legal o contractual (munera publica), tales como los concesionarios de servicios u obras públicas, los gestores interesados, los notarios, contadores públicos, ingenieros, arquitectos, topógrafos, etc. pueden, eventualmente, convertirse en sujetos pasivos cuando manejan o poseen información -documentos- de un claro interés público.

VIII.- SOBRE EL CASO CONCRETO EN CUANTO A LA MEDIDA DICTADA POR EL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA Y LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN: Partiendo de lo dicho en los considerandos anteriores y visto el caso concreto, es importante comenzar el análisis de lo sustancial en este asunto reiterando que esta Sala Constitucional no es un Juzgado de Familia, por ende, el ámbito de su competencia está restringido a las cuestiones estrictamente



de índole constitucional que puedan derivar de los hechos objeto del amparo, lo cual necesariamente implica que no se puede aquí hacer valoraciones sobre la procedencia o no de que los recurrentes sean o no las personas más aptas para encargarse de la menor amparada . Desde luego, ello en modo alguno implica que la Sala Constitucional carezca de interés por el bienestar de la menor en cuestión. Lejos de ello, se dicta esta resolución teniendo muy presente el mandato constitucional de que el Estado actúe brindando una protección especial a la familia, la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido (artículo 51 de la Carta Fundamental), y se parte del supuesto de que, precisamente, es el Patronato Nacional de la Infancia el ente rector, a nivel administrativo, para decidir sobre ese particular. Así las cosas y al tenor de lo expresado, se deben examinar únicamente aquellos aspectos concretos en los que, por las actuaciones de la autoridad recurrida, se pueda estimar que ha existido un quebranto de los derechos y garantías constitucionales de los recurrentes en relación con las medidas administrativas tomadas por el ente recurrido. En este sentido, los recurrentes se quejan de que la resolución de las 15:30 hrs. del 08 de diciembre del 2010, emitida por el Patronato Nacional de la Infancia -resolución mediante la cual la autoridad recurrida acordó modificar el cuidado provisional de la menor y dictar una medida de abrigo temporal en la Asociación Hogar Infantil de Turrialba- carece de fundamentación. Por su parte, la autoridad recurrida ha justificado su intervención en las competencias asignadas al Patronato para la tutela de los intereses de la menor, toda vez que al no presentar la madre de la amparada cambios que la habilitaran para reasumir a su hija, presentaron conjuntamente con una solicitud de allanamiento, el proceso judicial de declaratoria de abandono con fines de adopción –solicitud que implicó de previo dejar sin efecto las medidas de protección dictadas-. El Juzgado recurrido aduce que el allanamiento solicitado por el Patronato fue rechazado ya “ que no se desprende que la persona menor de edad se encuentre en riesgo al lado de los guardadores Xxxxxxx y Xxxxxxx Xxxxxxx, dado que la misma institución quien hace entrega de Xxxxxxx Xxxxxxx a los mismos el veintidós de junio del dos mil diez, mediante Medida de Protección de Cuido Provisional, siendo que la niña egresa del hospital desde su nacimiento, con dichos señores, con quienes ha estado desde hace seis meses, sin que en el expediente conste ninguna situación de riesgo o vulnerabilidad para Xxxxxxx, durante este tiempo, ni que el ente actor haya realizado alguna gestión previa a ésta, por dicha situación” y que se encuentran a la espera de que la Representante Legal del Patronato presente la resolución administrativa que modifica la resolución de las quince horas treinta minutos del ocho de diciembre del dos mil diez.

IX.- Al valorarse el caso concreto, la Sala es del criterio de que si bien es cierto la actuación del Patronato Nacional de la Infancia, en cuanto al dictado de la resolución de las quince horas treinta minutos del 08 de diciembre del 2010 –, no



parece irrazonable y se adoptó a nivel administrativo porque se estimó que era lo más conveniente y adecuado para la menor, también lo es que el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial estimó que no existe ninguna situación de riesgo o vulnerabilidad para la menor amparada (ver resolución de las ocho horas treinta minutos del veinte de diciembre del dos mil diez), es decir, la menor Xxxxxxx Xxxxxxx DEBERÁ permanecer al lado de sus guardadores Xxxxxxx y Xxxxxxx Xxxxxxx, lo anterior siempre que no exista una medida judicial que determine otra cosa. Por otro lado observa esta Sala que si bien es cierto el Patronato puso el asunto de la menor en conocimiento de los tribunales de familia en un plazo razonable, no lo ha hecho así con el cumplimiento de las prevenciones que ha emitido el Juzgado de Familia, por lo que sí existe un quebranto constitucional en relación con el derecho a la justicia administrativa pronta y cumplida, pues lejos de cumplir con prontitud el caso para su resolución por parte del órgano jurisdiccional competente, las autoridades del Patronato Nacional de la Infancia no han cumplido con la prevención notificada desde el veinte de diciembre del dos mil diez, es decir, hace más de un mes. Al respecto esta Sala ha indicado que:

"...en aras de la protección del menor ante una situación acreditada de alto riesgo, el Patronato está legitimado para hacer el depósito provisional del menor en la familia o institución que estime apropiado, como dicha medida entraña suma gravedad, ya que supone la separación del niño de su familia natural, la Institución debe acudir, dentro de un término razonable, ante el juez de familia, para que éste revise la legalidad de la medida cautelar adoptada y determine si ésta es o no procedente. Dichas medidas son disposiciones cautelares para proteger a los menores sólo válidas provisionalmente, en tanto el juez de familia interviene y resuelve definitivamente, ya que de lo contrario podría resultar que por un acto administrativo se decidiera sobre la guarda, crianza y educación de los menores. De modo que, una vez adoptada ese tipo de medidas, como en este caso, el Patronato debe acudir, dentro de un término razonable, a la vía jurisdiccional respectiva y someter a conocimiento del juez la medida acordada para que éste se pronuncie al respecto, sin esperar a que el procedimiento de declaratoria administrativa de abandono esté concluido." (ver en ese sentido Sentencia N°1033-94 de las once horas quince minutos del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro).

Como se desprende de la cita transcrita, lo medular es que la intervención del Patronato Nacional de la Infancia debe tener un carácter puramente transitorio, provisional, cautelar y que -como es lógico- responda a una situación en la que, por la premura de las circunstancias, no es viable esperar la intervención del juez para proteger los intereses de los menores en juego. Pero una vez ejecutadas las medidas necesarias para atender la urgencia del caso, lo pertinente, es que el



Patronato Nacional de la Infancia -sin mayor dilación- accione directamente ante los estrados judiciales para procurar que se dilucide la condición de los menores, a la brevedad, garantizándose de esa manera el acceso a la justicia en sede judicial.

X.- En cuanto al Juzgado, tal y como se indicó en el párrafo anterior, la solicitud del Patronato para que intervenga la autoridad judicial, NO EXIGE agotar la vía administrativa. Por lo tanto no es correcta la posición del Juzgado recurrido al indicar que "... de conformidad con el artículo 128 siguientes y concordantes del Código de la Niñez y la Adolescencia en relación con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, es a esa institución a quien compete actuar con rapidez y agilidad en casos de urgente necesidad a través del proceso especial de protección y de conformidad con lo señalado en el artículo 142 del mismo cuerpo de leyes, agotada la vía administrativa podría intervenir la autoridad judicial, siendo que de acuerdo a lo que indica el informe del dieciséis de diciembre del ente actor, dicha vía no se ha agotado, dado que el diez de diciembre recién pasado, los señores Xxxxxxx y Xxxxxxx Xxxxxxx interpusieron apelación en contra de la decisión de Modificar las Medidas de Protección, sin que hasta el momento se haya resuelto" , toda vez que por interpretación de la jurisprudencia constitucional y tomando en cuenta que priva el interés superior del menor, lo correcto es continuar con la tramitación de la solicitud de judicialización de medidas de protección y abrigo temporal presentada por el Patronato, lo anterior a pesar de la pendencia del recurso de apelación.

XI.- SOBRE EL CASO CONCRETO EN CUANTO AL ACCESO AL EXPEDIENTE: Como segundo alegato los recurrentes alegan que intentaron acceder al expediente de la menor, sin embargo, se les denegó la documentación. Al respecto, informa la Presidenta Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia que "en una ocasión la oficina local negó el acceso al expediente administrativo a los señores Xxxxxxx y Xxxxxxx, no obstante al tener conocimiento de esta situación por medio de este amparo, de inmediato esta Presidencia Ejecutiva girará las instrucciones de rigor, para que en lo sucesivo estas situaciones no se presenten en dicha oficina loca. Que el expediente se encuentra disponible a las partes legitimadas para el fotocopiado". Con lo anterior se acredita que los recurrentes no pudieron tener inmediato acceso a su expediente, negatoria que no se encuentra justificada con ningún argumento, lo cual implica que no se les garantizó en el procedimiento el derecho de ejercer, de forma efectiva, su derecho a tener acceso inmediato al expediente, para así poder revisar y conocer su contenido. Por lo que procede declara con lugar el recurso en cuanto a este extremo en concreto, por violación al artículo 30 de la Constitución Política. Lo anterior únicamente para efectos indemnizatorios, pues, según se desprende del informe rendido por la autoridad recurrida, el expediente se encuentra a disposición de los desde el 17 de enero del 2011- fecha en que rindió informe la Presidenta Ejecutiva del Patronato

Nacional de la Infancia- el expediente se encuentra a disposición de los recurrentes.

XII.- CONCLUSIÓN: Así las cosas lo procedente es declarar con lugar el recurso por violación de los artículos 30 y 41 de la Constitución Política como en efecto se dispone.”

c) Análisis sobre la constitucionalidad del requisito de diferencia de edad entre adoptante y adoptado

[SALA CONSTITUCIONAL]³

I.- Sobre la admisibilidad. En primer término, de conformidad con el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional inciso a), cabe la acción de inconstitucionalidad contra leyes o disposiciones de carácter general que infrinjan, por acción u omisión, normas o principios constitucionales. En este caso, el accionante cuestiona el requisito establecido en el numeral 106 inciso c) del Código de Familia, que indica que para ser adoptante se debe ser al menos quince años mayor que el adoptado. En cuanto a la legitimación del accionante, de conformidad con el artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, como medio razonable de amparada el derecho o interés que se considera lesionado. En este caso, el señor Wong Fernández presentó el día cuatro de febrero de dos mil diez ante el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José un proceso de adopción conjunta a favor de Cristina González Collado, al cual se le asignó el número 10-00285-0165-FA, razón por la cual se comprueba que el señor Wong se encuentra legitimado para interponer la presente acción, habida cuenta que la norma que el Juzgado de Familia deberá aplicar en la resolución del caso presentado por el señor Wong es la que aquí se cuestiona, razón por la cual se procede a realizar el análisis de fondo.

II.- Objeto de la acción. Los accionantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad del artículo 106 inciso c) del Código de Familia, por considerar que infringe el principio de igualdad, contenido en el numeral 33 de la Constitución Política. Al respecto, dicha norma establece lo siguiente:

“Para ser adoptante, se requiere:

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”.

En criterio de los recurrentes, la norma impugnada es irrazonable tratándose de



una adopción entre adultos. Consideran que lesiona el derecho a la igualdad y no discriminación, además de la dignidad humana. Estiman también que esta norma no protege a la familia como fundamento de la sociedad y no es razonable, todo ello por cuanto a pesar de cumplir con todos los demás requisitos exigidos para la adopción, su solicitud será denegada solamente por falta de cumplimiento de uno solo de éstos, sin tomar en consideración el vínculo familiar creado.

III.- Sobre el principio de igualdad y no discriminación. Esta Sala ha reconocido, en anteriores oportunidades, que es perfectamente posible que dos sujetos o categorías de sujetos difieran en alguna característica o condición esencial que, por su naturaleza, haga comprensible y justificable una diferencia de tratamiento. Para que el elemento diferenciador sea posible, no sólo debe ser real, sino que también debe tener una trascendencia jurídica de tal naturaleza o magnitud que haga razonable y justificable el trato diverso (véanse en este sentido los votos números 337-91, 1432-91, 1732-91, 4451-94 y 5061-94). En ese sentido, sí se dan situaciones en que varios sujetos se encuentran en las mismas condiciones, y a pesar de ello reciben un tratamiento diverso sin que medie ninguna justificación atendible, se considera que existe una diferenciación irrazonable y discriminatoria por no estar apoyada en elementos objetivos. Sobre este punto, en la sentencia número 337-91 de las catorce horas y cincuenta y seis minutos del ocho de febrero de mil novecientos noventa y uno, la Sala indicó en lo conducente:

“El principio de igualdad contenido en el artículo 33 constitucional, pretende en parte, que una misma medida o un mismo trato se dé a quienes se encontraren en situaciones idénticas o razonablemente similares, no siendo válida cualquier diferencia para establecer un trato distinto, pues en respeto de la razonabilidad que debe regir todo acto, sólo aquellas diferencias relevantes serían causa legítima para establecer un trato diferente” .

Según lo anterior, para aspirar al trato igual, las situaciones deben ser idénticas o razonablemente parecidas o simplemente similares. Además, la diferenciación para que proceda constitucionalmente debe ser razonable, entendiendo por esto que debe ser necesaria, idónea y proporcional. Como ha dicho la Sala la necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. Y la proporcionalidad remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer (al respecto véase la sentencia número 08858-98 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho). Sobre este punto, esta Sala al analizar en una Consulta Judicial el requisito



de la edad mínima del adoptante de veinticinco años, en la sentencia número 2001-12994 catorce horas treinta y siete minutos del diecinueve de diciembre de dos mil uno, indicó:

“El artículo 106 inciso b) del Código de Familia, ciertamente establece una diferencia de trato a favor de las personas mayores de veinticinco años que desean adoptar, en perjuicio de los que, pese a ser mayores de edad, aún no cumplen con esa edad mínima exigida. Ese trato desigual no se da en relación con el ejercicio de derechos fundamentales; por cuanto, no existe un derecho constitucional a la adopción; lo que existe es la obligación del Estado de proteger a la familia y especialmente a la “madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido” (artículo 51 de la Constitución Política). Los instrumentos de derecho internacional vigentes en Costa Rica tampoco establecen un derecho de las personas a poder adoptar, lo que establecen es el derecho de los niños a permanecer y ser cuidados por sus padres biológicos, y en forma excepcional y subsidiaria, a tener un hogar sustituto. Por otra parte, considera esta Sala que la desigualdad de trato prevista por el legislador no es irrazonable”.

En ese sentido, dicha posición puede aplicarse en el análisis de la norma cuestionada, toda vez que ésta establece un requisito también etario, sea una diferencia de quince años de edad entre el adoptado y el adoptante, situación con la que no se lesiona el derecho a la igualdad. En primera instancia porque tal y como se indicó anteriormente no existe, en este caso, un derecho fundamental en cuestión, ya que no hay un derecho a la adopción contenido en las normas nacional o internacionales, que lo que protegen es el derecho a la familia. En segunda instancia, porque para que exista una discriminación es necesario que a personas que se encuentren en la misma situación se les otorgue un trato distinto, lo que no sucede en este caso, ya que a todas las personas que pretendan adoptar ya sea una persona menor o mayor de edad, se les exigirá cumplir con este requisito, sin aplicar ninguna excepción ya que la ley no la prevé. Es evidente que las personas con más de quince años de diferencia en la edad con el adoptante no se encuentran en la misma posición que una persona que no tiene esa diferencia, de ahí que el legislador decidió imponer este requisito, cuya razonabilidad se analizará posteriormente. Aunado a ello, debe aclararse, en este caso, que no procede, mediante la acción de inconstitucionalidad valorar aspectos de un caso concreto, por lo que el argumento de los accionantes que la norma lesiona el principio de igualdad porque la señorita González Collado no podrá tener el apellido del señor Wong, a diferencia de sus hermanos que sí lo podrán, es un aspecto propio del caso que está siendo ventilado ante el Juzgado de Familia del II Circuito Judicial de San José. Habiendo establecido que la norma cuestionada no lesiona el principio de igualdad, pues no se aprecia que exista un trato desigual para la misma situación, lo que procede es analizar la razonabilidad de



este requisito.

IV.- Sobre el principio de razonabilidad como parámetro constitucional. La jurisprudencia constitucional ha sido clara y conteste en considerar que el principio de razonabilidad constituye un parámetro de constitucionalidad. Conviene recordar, en primer término, que la "razonabilidad de la ley" nació como parte del "debido proceso sustantivo"(substantive due process of law), garantía creada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal. En la concepción inicial "debido proceso" se dirigió al enjuiciamiento procesal del acto legislativo y su efecto sobre los derechos sustantivos. Al finalizar el siglo XIX, sin embargo, se superó aquella concepción procesal que le había dado origen y se elevó a un recurso axiológico que limita el accionar del órgano legislativo. A partir de entonces podemos hablar del debido proceso como una garantía genérica de la libertad, es decir, como una garantía sustantiva. La superación del "debido proceso" como garantía procesal obedece, básicamente, a que también la ley que se ha ajustado al procedimiento establecido y es válida y eficaz, puede lesionar el Derecho de la Constitución. Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada "razonabilidad técnica" dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Una vez establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de "razonabilidad técnica" hay que analizar la "razonabilidad jurídica". Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin, en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos por el legislador con su aprobación. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable. En este caso, esta Sala concluye que la norma sí es razonable. Lo anterior toda vez que, como bien lo apunta en su informe la Procuraduría General de la República, la diferencia de edad es necesaria, dada la naturaleza integradora del instituto de la adopción, como una garantía de verosimilitud de la relación parental entre adoptado y adoptante, siendo su objetivo que entre el adoptado y el adoptante se establezca un vínculo de autoridad (propio de la relación parental)



que sería muy difícil que subsistiera entre personas con edades similares. 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 100 del Código de Familia, según reforma operada por Ley número 7538 de 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. Puede afirmarse, entonces, que la finalidad primordial del instituto de la adopción es la de dotar al menor en estado de abandono de un núcleo familiar que le permita contar con las condiciones necesarias para su desarrollo integral dentro de la sociedad. De lo expuesto, se colige 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. Dentro de estos requisitos los hay algunos que requieren de la valoración del juez u otro profesional tales como las condiciones personales de cada adoptante; sin embargo, también hay otros requisitos –como el que nos ocupa– que son de mera constatación, que tal y como lo apuntó esta Sala en la sentencia 1997-02052 de las dieciséis horas del quince de abril de mil novecientos noventa y siete: “(...) no se está ante un único requisito que tiene la propiedad de sustraer al juez de toda valoración, sino ante un régimen en el que esa valoración del caso singular tiene cabida, evidentemente en el sistema restrictivo que ha preferido el legislador como modo de protección del interés superior del niño”. De esta manera es evidente que el requisito de quince años de diferencia de edad, lo que busca es equipar la relación entre el adoptado y el adoptante a la parental, por lo que el legislador decidió que la diferencia mínima debe ser de quince años, ello en atención de la diferencia mínima que por lo general existe entre un padre biológico y su hijo. Aunado a ello, estima esta Sala no sólo que el requisito establecido en el ordinal 106 inciso c) cumple con su objetivo, sea equiparar la relación de adopción con la parental, sino que, además, es necesaria, pues no se visualiza otra medida menos gravosa que consiga esta finalidad, ya que dejar este punto sin regulación implicaría que se podrían dar en la

práctica situaciones en las que la edad entre el adoptante y el adoptado sea mínima, lo que evidentemente no es posible que suceda en las relaciones parentales. En ese sentido, esta Sala al analizar la edad mínima de veinticinco años requerida para adoptar en la sentencia número 12994-01 de las catorce horas treinta y siete minutos del diecinueve minutos de dos mil uno, indicó:

“En el caso que se analiza, propiamente respecto de la razonabilidad jurídica, considera esta Sala que no resulta desproporcionado ni ilegítimo que se fije una edad mínima para poder adoptar, superior a la mayoría contemplada para ejercer los derechos civiles. Es comprensible que aunado a los demás requisitos que establece el artículo 106 del Código de Familia (buena conducta, condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas, de salud, etc.) el legislador pretenda reforzar aún más la exigencia de la madurez y estabilidad que requiere una decisión tan trascendental como la de adoptar a una persona, que de todas maneras, supone una medida subsidiaria y excepcional frente al derecho del menor de permanecer al lado de sus padres biológicos. Atendiendo sobre todo al grado de vulnerabilidad que tienen los sujetos adoptables, por las circunstancias particulares que han tenido que enfrentar en la vida, es entendible que el legislador opte por ser especialmente riguroso y cauto a la hora de establecer los requisitos”.

De lo indicado anteriormente también se colige que no llevan razón los accionantes al indicar que la norma analizada lesiona el derecho a la libertad, contenido en el numeral 28 de la Constitución Política, toda vez que éste derecho no es absoluto y debe ejercerse bajo los parámetros legalmente establecidos, es decir, el hecho que una persona quiera adoptar, por sí solo el deseo no implica que podrá hacerlo, sino que deberá cumplir con una serie de requisitos que el legislador estableció para tal efecto y, posteriormente, podrá optar por adoptar. El derecho en una sociedad existe para normar las relaciones entre las personas y los actos de éstas, por lo que ellas son libres de hacer lo que deseen siempre y cuando se ajuste a los parámetros legalmente establecidos. Por último, es menester aclarar que no procede en la acción de inconstitucionalidad analizar el caso concreto de la señorita González Collado en cuanto a su apellido se refiere y su deseo de poseer el del señor Wong, ya que ésta es un caso particular que no procede ser analizada en la acción.

V.- Corolario. En mérito de lo expuesto, esta Sala concluye que la norma cuestionada, sea el artículo 106 inciso c) del Código de Familia, no es inconstitucional.”

d) Medidas cautelares sobre el depósito de menores

[SALA CONSTITUCIONAL]⁴

“V.- SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.-

En reiteradas oportunidades este Tribunal Constitucional ha reconocido que las autoridades pueden disponer una medida cautelar dentro de un procedimiento. En sus precedentes la Sala ha definido las características de estas medidas, sea que se adopten dentro o con ocasión de un procedimiento judicial o administrativo. En este sentido se ha establecido:

“... Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez -sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final". La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser : a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) fundamentadas, es decir, tener un sustento fáctico real con relación al caso particular; d) modificables, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución" (Sentencia #7190-94 de las 15.24 horas de 06 de diciembre de 1994, criterio reiterado en la sentencia #2003-04420 de 09.21 horas de 23 de mayo de 2003 y más recientemente en la #2009-007954 de 19.47 horas del 13 de mayo de 2009 y en la #2009-019148 de 11.46 horas del 18 de diciembre de 2009).

De ese carácter provisional que distingue a las medidas cautelares, se deriva la nota de su flexibilidad, de modo que pueden ser ajustables, revocables o removibles, si se produce un cambio o varían las circunstancias fácticas que originaron su adopción, conforme a la doctrina que resulta del artículo 29 del Código Procesal Contencioso Administrativo, aplicable a la materia por remisión del numeral 229 de la Ley General de Administración Pública, según el cual:

"Artículo 29.-



1) Cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla o suprimirla.

2) En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar."

Lo que denota por un lado que las variaciones, no pueden inspirarse en la voluntad desnuda de quien las adoptó o pidió, y por otro, que en esta materia las resoluciones que se dicten, no son definitivas, intangibles o inmutables, en atención a la propia finalidad de la medida como es garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la decisión final.

VI.- SOBRE EL FONDO DEL CASO CONCRETO.- De la relación de hechos tenidos por ciertos se desprende que el pasado 26 de julio, la señora Carmen Leticia Chinchilla Ríos se apersonó ante la Oficina Local de Aserrí del PANI, a fin de solicitar intervención y medidas de protección a favor de las menores tuteladas, a la cual se le dio trámite bajo expediente administrativo número 116-00195-2001 y que el 29 de julio siguiente, se apersonó nuevamente a fin de poner en conocimiento de esa oficina, la resolución de las 14:00 horas del 26 de julio de 2010 dictada por el Juzgado Contravencional y de Menor Cuantía de Aserrí misma que se tramita bajo el número de expediente 10-110394-VD donde el Juzgador resolvió entregar a las menores tuteladas a favor del recurrente. Posteriormente mediante resolución de las 14:30 horas del 29 de julio de 2010, el Juzgado Contravencional y de Menor Cuantía de Aserrí revocó la resolución de las 14:00 horas del 26 de julio anterior, y en ese sentido, dispuso mantener la reserva de la medida de los incisos a) al i) del numeral 3 de la Ley contra la Violencia Doméstica, que se hizo con relación a la solicitud que en su momento realizó el recurrente, en cuanto a la entrega de las niñas bajo su custodia, para tener mayores elementos de prueba, por lo que se ordenó al Patronato Nacional de la Infancia con carácter de urgencia, llevar a cabo el proceso especial de protección en sede administrativa así como informar, lo antes posible, a ese Despacho, acerca de la persona idónea con la que las menores amparadas deberán permanecer, atendiendo al interés superior de las niñas y se ordena al recurrente entregar a las niñas a las autoridades del PANI. Luego, el 30 de julio siguiente, el recurrente se apersonó a la Oficina Local de Aserrí del PANI a fin de poner en conocimiento de esa oficina la denuncia interpuesta por el Área Social del Hospital Nacional de Niños ante la Fiscalía de Violencia Doméstica y Delitos Sexuales para que se investigara a un tío materno de las menores amparadas por presuntas lesiones ocasionadas con un chilillo a la mayor de ellas y luego de una valoración psicosocial al hogar de la abuela materna de las tuteladas, mediante resolución de

las 16.38 horas del 30 de julio de 2010, la Oficina Local de Aserrí del PANI recurrida dispuso dar inicio al proceso especial de protección en sede administrativa, a favor de las menores tuteladas y dictó medida cautelar de cuidado provisional por un plazo máximo de tres meses de las menores amparadas en el hogar de su abuela materna. En atención a lo anterior, queda claro que el PANI actuó de conformidad con las potestades establecidas tanto en la Constitución Política como a nivel legal, sin que pueda o deba este Tribunal Constitucional cuestionar los criterios técnicos que llevaron a la autoridad recurrida a adoptar las decisiones que en ese sentido dispuso. Pero también es verdad que tanto el recurso de apelación interpuesto por el petente en fecha 03 de agosto anterior, así como la solicitud que conjuntamente formuló con la madre de las menores tuteladas, el 26 de agosto precitado, tendiente a que se separe de manera inmediata a las menores del lugar de custodia actual, no han sido debidamente atendidos por la autoridad recurrida. Conforme se expresó en líneas anteriores, el PANI posee potestades para revisar y modificar, si fuere necesario, las medidas cautelares impuestas, con el fin de adaptarlas a las nuevas necesidades y realidades, siempre en aras de proteger a las personas menores, si así se determina. De esta forma, se ha entendido que lo medular es que la intervención del PANI sea puramente transitoria, provisional, cautelar y que -como es lógico-, debe responder a una situación en la que, por la premura de las circunstancias, no es viable esperar la intervención del Juez para proteger los intereses de los menores en juego. Bajo esta inteligencia y al existir solicitud expresa de los padres de las menores tuteladas, en el sentido de que se revisen y se modifiquen las medidas cautelares dictadas a favor de las amparadas, y considerando los hechos y elementos posteriores a la adopción, específicamente la denuncia planteada por el Área Social del Hospital Nacional de Niños ante la Fiscalía de Violencia Doméstica y Delitos Sexuales, es que se impone estimar el amparo por la falta de resolución de esta gestión, con las consecuencias que se dirán en lo dispositivo.”

e) Actuación arbitraria al impedir visita de la madre al albergue

[SALA CONSTITUCIONAL]⁵

“I.- Sobre el fondo. En un caso similar al que aquí se plantea, decidido mediante la sentencia #2000-00704 de las 11:21 horas del 21 de enero del 2000, la Sala fundamentó su incompetencia para decidir sobre la ubicación de un menor como sigue:

“II.- Es importante comenzar el análisis de lo sustancial en este caso recalcando, aunque ello resulte una verdad de perogrullo, que esta Sala Constitucional no es un juzgado de familia. Por ende, está inhabilitada para decidir sobre algunos de los extremos que plantea la accionante en su recurso, así como para esclarecer los hechos que intervienen en las recriminaciones que le hace el Patronato Nacional



de la Infancia (PANI). Por la misma razón, no procede evacuar las pruebas que ofrece. El ámbito de competencia de la Sala está restringido a las cuestiones estrictamente de índole constitucional que puedan derivar del sub litem, lo cual necesariamente implica que no se puede aquí confirmar (ni desmentir) que los recurrentes sean buenos padres o madres de familia, o que los menores amparados hayan sido sujeto de ignominiosas agresiones físicas o mentales. Desde luego, ello en modo alguno implica que la Sala Constitucional carezca de interés por el bienestar del menor en cuestión. Lejos de ello, se dicta esta resolución teniendo muy presente el mandato constitucional de que el Estado (que obviamente incluye a este Tribunal) actúe brindando una protección especial a la familia, la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido (artículo 51 de la Carta Fundamental).

III.- En el mismo sentido expresado, se tiene clara la misión del Patronato Nacional de la Infancia, confiada a él precisamente por la misma Constitución Política, en su numeral 55. Esta Sala, en la sentencia nº 4760-93 de las 17:09 hrs del 29 de setiembre de 1993 estableció respecto al Patronato Nacional de la Infancia:

"... el Patronato (su director) al constituirse como el tutor y depositario temporal de los menores por ministerio de ley, debe emplear los mismos criterios y reglas establecidos por el legislador en el Código de Familia respecto de los diferentes aspectos relacionados con el interés superior de los menores de edad. Es decir, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y el Código de Familia se complementan puesto que constituyen parte de un sistema concebido por la Constitución, los instrumentos internacionales y el legislador común para proteger de una manera reforzada los intereses superiores del menor y así como también los valores sobre los que descansa la unidad de la familia. Por una parte el Patronato como institución descentralizada del Poder Ejecutivo con rango constitucional, según lo dispuso el artículo 55 de la constitución, a cuyo cargo está "La protección especial de la madre y del menor..."; "...con la colaboración de otras instituciones del Estado." por otra, y la fiscalización y coadyuvancia de los tribunales de familia conforme al Código, tienen la capacidad jurídica para otorgar a la madre y a los hijos la protección que exige la Constitución."

IV.- A tenor de lo expresado, se debe examinar únicamente aquellos aspectos concretos en los que, por las actuaciones de la autoridad recurrida, se pueda estimar que ha existido un quebranto de los derechos y garantías constitucionales de los recurrentes o de los amparados."

II.- Según se desprende de la sentencia transcrita, no sólo es potestad del Patronato Nacional de la Infancia velar por el mejor interés del menor, sino que también es su obligación intervenir e imponer las medidas cautelares o medidas de protección necesarias y temporales, para salvaguardar los intereses de un

Nacionales e Internacionales del Patronato Nacional de la Infancia, del 5 de enero del 2004, por estimarlos contrarios a los principios consagrados en los numerales 11, 28 y 121, inciso 1), de la Constitución Política. Lo anterior, por cuanto y, en su criterio, tales numerales establecen -por vía reglamentaria-, una regulación de derechos fundamentales que extiende, agrava o restringe los requerimientos de la ley para los procesos de adopción por simple decisión administrativa, usurpando funciones, exclusivamente, legislativas. Asimismo, aduce que dichos preceptos establecen una restricción que, tanto el Convenio de la Haya como el Código de Familia no contemplaron en su momento, relativo a la obligatoriedad que el país en que residan los adoptantes, necesariamente, haya suscrito el mencionado Convenio.

III.- **NORMAS IMPUGNADAS.** En la presente acción de inconstitucionalidad, se cuestionan los artículos 35 y 39, inciso a), del Reglamento para los Procesos de Adopciones Nacionales e Internacionales del Patronato Nacional de la Infancia, del 5 de enero del 2004, preceptos que, respectivamente, establecen lo siguiente:

“De los trámites para ubicación con fines de adopción internacional, y de la acreditación de Organismos o Entidades colaboradoras de Adopción Internacional en Costa Rica.

Artículo 35.-

Toda persona solicitante deberá cumplir con las condiciones, requisitos y procedimientos legales, establecidos en el Convenio de la Haya y el Código de Familia para poder adoptar en nuestro país.”

“Artículo 39.-

Toda Organización que requiera ser acreditada en Costa Rica como entidad colaboradora de Adopción Internacional, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

a) Que el país en donde tiene su sede Central haya ratificado el Convenio de la Haya o tenga con Costa Rica un convenio que regule la adopción que involucre a ambos países (...).”

IV.- **EL CONVENIO DE PROTECCIÓN AL NIÑO Y COOPERACIÓN EN ADOPCIÓN INTERNACIONAL (CONVENIO DE LA HAYA) Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.** El Convenio de La Haya, aprobado en nuestro país de conformidad con la Ley No. 7515 del 22 de junio del 1995, constituye un esfuerzo de la comunidad internacional por desarrollar los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño y, a su vez, unificar los procedimientos de adopción de índole internacional. De esta forma, las consideraciones iniciales de dicho instrumento internacional, hacen referencia a tales aspectos, al señalar lo siguiente:

“(…) RECONOCIENDO que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión,

RECORDANDO que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen,

RECONOCIENDO que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen,

CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños,

DESEANDO establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (…).”

En ese sentido, dicho Convenio establece una serie de condiciones, así como el procedimiento bajo el cual debe substanciarse una adopción entre los Estados contratantes a fin de procurar la estandarización y seguridad en los trámites. El referido Convenio tiene por finalidad la dignidad de los menores de edad en el contexto de las adopciones internacionales, reconociendo de antemano algunos principios jurídicos afines, tales como el interés superior del niño, la doctrina de la protección integral y el denominado principio de subsidiariedad adoptiva, de donde es posible extraer el derecho del niño a poseer una familia permanente en su estado de origen o, en su defecto, en cualquier otro país a través de un debido proceso de adopción internacional ajustado al interés superior del niño y a los derechos humanos que le reconoce el derecho internacional. Lo anterior, como se indicó, de conformidad con lo estipulado por la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 3.1 y 21, preceptos que, respectivamente, señalan lo siguiente:

“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 (…).”

“Artículo 21.-

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de



que el interés superior del niño sea la consideración primordial. 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. 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 objeto de adopción 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.”

De esta forma, el problema que intenta prevenir o resolver el Convenio de La Haya, son todas aquellas situaciones de vulnerabilidad de los derechos del niño, causados por las adopciones internacionales que tienen lugar sin considerar su interés superior y sus derechos humanos, tales como la sustracción, la compra venta o el tráfico internacional que comportan como daño directo o colateral la degradación de la dignidad del niño, quien, como consecuencia de lo anterior, se convierte en un objeto expuesto a la apropiación y a la comercialización. En atención a lo anterior, el Convenio bajo estudio en su artículo 1°, estatuye lo siguiente:

“Artículo 1°.-

El presente Convenio tiene por objeto: a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional; b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.”

En consecuencia, la solución jurídica ofrecida por el Convenio de La Haya para

remediar los problemas apuntados, es, como se dijo, el establecimiento y puesta en práctica de ciertas figuras o mecanismos supraleales llamados garantías, las cuales, han sido diseñadas en función de asegurar el cumplimiento del derecho del niño a contar con una familia permanente en su Estado de origen o bien, en otro país por medio de un debido proceso de adopción internacional. Así, entre las garantías más sobresalientes que contempla el instrumento bajo estudio, se encuentran la declaratoria de adoptabilidad internacional del niño, el agotamiento de las posibilidades de ubicación del niño en su Estado de origen, la constancia del Estado de recepción acerca de la aptitud para adoptar de los futuros padres adoptivos y los consentimientos parentales otorgados sobre la base de principios jurídicos tales como: el asesoramiento psico-socio-legal anticipado, la transparencia informativa, la libertad decisoria del adulto y la autonomía progresiva de la voluntad del niño, la escritura de los registros, la ausencia de ánimo de lucro, la post-natalidad y legalidad interna en general (artículos 4° y 5°). Asimismo, destacan como salvaguardias complementarias, las garantías de seguimiento de las adopciones internacionales (artículo 9°), las denominadas condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales (artículos 14, 15, 16, 17, 19 y 21), las figuras del intercambio de informes sobre idoneidad comprobada del adoptando y adoptantes, los requisitos para confiar el niño a futuros padres adoptivos y para el desplazamiento internacional del niño, así como las previsiones en caso de fracaso de la “fase de empate” entre adoptando y adoptantes. Como se ve, dicho conjunto o catálogo de garantías supraleales, integra una especie de debido proceso de la adopción internacional, el cual, debe cumplirse mediante la correspondiente cooperación internacional de los Estados contratantes del Convenio de La Haya, principalmente, a través de la coordinación institucional e internacional a cargo de sus respectivas autoridades centrales administrativas designadas para tal efecto. Finalmente, y, sobre el particular, este Tribunal Constitucional, en el Voto No. 12994-2001 de las 14:37 hrs. del 19 de diciembre del 2001, indicó:

“(…) 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 (...).”

V.- PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LIMITACIONES IMPUESTAS AL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. En primer término, y, sobre el tema de la reserva de ley de los derechos fundamentales, este Tribunal Constitucional, en el Voto No. 3173-93 de las 14:57 hrs. del 6 de julio de 1993, dispuso lo siguiente:

“(...) VI.- El régimen de los derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de la ley. Este principio tiene rango constitucional (artículo 39 de la Constitución); rango legal, en este sentido se encuentra consagrado expresamente en la Ley General de Administración Pública -"el régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley" (artículo 19); "los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares" (artículo 124)-, y también tiene reconocimiento jurisprudencial, tanto constitucional como administrativa, que han declarado aplicables a la materia disciplinaria, las garantías de la legalidad penal. "Lo anterior da lugar a cuatro corolarios de la mayor importancia para la correcta consideración de la presente acción de inconstitucionalidad, a saber:

"a.) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el

pronunciamiento previsto en la Constitución, para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;

b.) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"-;

c.) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial: (sic)

d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley."

(...)

La inmediata consecuencia de esto es que, si bien existe una potestad o competencia del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público, o perjudiquen los derechos iguales o superiores de terceros; no lo es en razón de cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por el artículo 28 constitucional, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente los decretos o reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo, y los reglamentos autónomos, dictados por el mismo Poder Ejecutivo o por las entidades descentralizadas, lo mismo que cualquier norma de igual o inferior jerarquía.(...)."

Asimismo, en el Voto No. 1829-99 de las 16:09 hrs. del 10 de marzo de 1999, se indicó, en lo conducente, lo siguiente:

"(...) IV.- Sobre el principio de reserva legal. El principio de reserva legal, derivación lógica del principio de legalidad, tiene como doble fundamento el Estado de Derecho y el principio democrático. Del Estado de Derecho en cuanto el mismo impone al Estado el sometimiento a aquellas normas por él mismo creadas, configurándose en un límite a la actividad pública, en especial la del Poder Ejecutivo. Del principio democrático, en tanto la Ley formal es producto de la actuación de un órgano donde las diversas fuerzas políticas de una sociedad se encuentran representadas: el Parlamento. La reserva legal impone a la Administración un límite a su actividad: el de no poder restringir, por vía de

reglamento, el disfrute de derechos fundamentales de las personas. Solamente la Ley formal, y aún en forma restricta, puede limitar el ejercicio de tales libertades. (...).” (El destacado no forma parte del original).

De otra parte, y, en lo tocante a los límites y limitaciones de los derechos fundamentales, esta Sala, en el citado Voto No. 3173-93, señaló lo siguiente:

“(...) I.- Es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones.

II.- Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos "moral", concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros-, y "orden público", también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya definición es en extremo difícil.

III.- No escapa a esta Sala la dificultad de precisar de modo unívoco el concepto de orden público, ni que este concepto puede ser utilizado, tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones en nombre de los intereses colectivos a los derechos. No se trata únicamente del mantenimiento del orden material en las calles, sino también del mantenimiento de



cierto orden jurídico y moral, de manera que está constituido por un mínimo de condiciones para una vida social, conveniente y adecuada. Constituyen su fundamento la seguridad de las personas, de los bienes, la salubridad y la tranquilidad.

IV.- Al hablar de las razones justas para imponer limitaciones a los derechos fundamentales debe hacerse obligada mención del artículo 28 constitucional; que establece los límites de las libertades públicas, de manera tal que "las acciones privadas que no sean contrarias a la moral, el orden público, ni dañen a terceros, se encuentran fuera del dominio de la ley." Estas consideraciones han sido reiteradas por esta Sala, incluso remitiéndose a antecedentes de la Corte Plena en función de tribunal constitucional. Por ejemplo, según sesión extraordinaria número 51 de las trece horas treinta minutos del veintiseis de agosto de mil novecientos ochenta y dos, cuando se dijo:

"... el artículo 28 de la Constitución Política preserva tres valores fundamentales del Estado de Derecho costarricense: a.) el principio de libertad, ... ; b.) el principio de reserva de ley, ... ; y c.) el sistema de la libertad, conforme el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a terceros están fuera de la acción, incluso, de la ley. Esta norma, vista como garantía implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2º, el cual crea, así, una verdadera reserva constitucional" en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público. (...)."

Aunado a esto, en la Sentencia No. 4205-96 de las 14:33 hrs. del 20 de agosto de 1996, se estimó lo siguiente:

"(...) Sin embargo, no obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de "necesaria", "útil", "razonable" u "oportuna", la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente. En este orden de ideas, debe distinguirse entre el ámbito interno, que se refiere al contenido propio o esencial del derecho -que ha sido definido como aquella parte del contenido sin el cual el derecho mismo pierde su peculiaridad, o lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo-, de manera que no caben las restricciones o límites que hagan impracticable su ejercicio, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección; y el ámbito externo, en el cual cobra relevancia la actuación de las autoridades públicas y de terceros. Asimismo, la legitimidad de las

restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a una serie de principios que este Tribunal ha señalado con anterioridad -sentencia número 3550-92-, así por ejemplo: 1.- deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2.- para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional.(...).”

VI.- PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN EL CASO CONCRETO. El accionante acude a este Tribunal Constitucional y aduce que los artículos 35 y 39, inciso a), del Reglamento impugnado, vulneran el principio de reserva de ley, por cuanto, en su criterio, tales numerales establecen -por vía reglamentaria-, una regulación de derechos fundamentales que extiende, agrava o restringe los requerimientos de la ley para los procesos de adopción internacional por simple decisión administrativa. No obstante lo anterior, este Tribunal Constitucional no estima que dichos preceptos vulneren de modo alguno el principio supra indicado. De este modo, cabe indicar, en primer término, que, de conformidad con lo señalado en el considerando anterior, no se configura, a través de las normas contenidas en el Reglamento en cuestión, restricción o limitación alguna de derechos o libertades fundamentales que amerite su regulación a través de una ley en sentido formal y material. Lo anterior, dado que, las normas bajo estudio, únicamente, se limitan a indicar aquel proceso o, más bien, uno de los requisitos mínimos que deben de cumplir aquellas organizaciones o entidades colaboradoras con la Adopción Internacional, a fin de ser acreditados en nuestro país y, consecuentemente, para llevar a cabo un proceso de adopción de índole internacional. Por ende, este Tribunal observa que, la exigencia referida a que el Estado “contratante” o Estado de “recepción” haya ratificado, a su vez, el Convenio de La Haya, se ha establecido, más bien, en aras de respetar y cumplir, eficazmente, cada una de las garantías, fines y propósitos contenidos en dicho instrumento internacional y que regulan la adopción en tutela del interés superior del niño. Consecuentemente, el Reglamento impugnado resulta plenamente congruente con el artículo 7° de la Constitución Política y el principio de la jerarquía normativa, puesto que, hace referencia a un instrumento del Derecho Internacional de rango suprallegal en nuestro ordenamiento jurídico y que, como tal, tiene un valor, una potencia y una resistencia jurídicas superiores a la propia ley.

VII.- NATURALEZA DEL REGLAMENTO PARA LOS PROCESOS DE ADOPCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA. De otra parte, cabe indicar que, contrario a lo manifestado por la parte accionante, en el presente asunto no resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 140, inciso 3), de la Constitución Política, el cual, señala,



expresamente, lo siguiente:

“Artículo 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...) 3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento; (...).”

Lo anterior es así, dado que el numeral supra citado se encuentra concebido para una ley en sentido material y formal, y no para un Convenio. Es decir, para aquella ley que emana, originalmente, de la Asamblea Legislativa y que, además, produce efectos generales y abstractos. En consecuencia, no es éste el caso del Convenio de Protección al Niño y Cooperación en Adopción Internacional (Convenio de La Haya), toda vez que el mismo, es un acto del Derecho Internacional Público, cuyo origen se encuentra en el acuerdo de los Estados a la luz del Convenio de Viena de los Tratados y que, por la sola circunstancia de haber sido ratificado con fundamento en el artículo 7° de la Constitución Política, no se ve despojado de su naturaleza de acto del Derecho Internacional Público. De otra parte, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley No. 7648 del 9 de diciembre de 1996, en su artículo 4, inciso o), establece como atribución del Patronato Nacional de la Infancia, lo siguiente:

“Artículo 4.-

Las atribuciones del Patronato Nacional de la Infancia serán: (...) o) 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 (...).”

De esta forma, dicha competencia legal habilita expresamente al Patronato Nacional de la Infancia para reglamentar todo lo relativo a las condiciones necesarias para promover la adopción nacional e internacional. Lo anterior hace evidente, entonces, que el Reglamento en cuestión, posee suficiente cobertura en el Convenio de la Haya aprobado por la Asamblea Legislativa y en el referido instrumento legislativo. Es menester, asimismo, tomar en consideración que el Patronato Nacional de la Infancia, cuenta con un estatuto constitucional particular y reforzado, por cuanto, además de ser mencionado por el constituyente originario, éste le asignó en el ordinal 55 constitucional como competencia o función fundamental “La protección especial de la madre y del menor (...)”. Atribución constitucional que lo habilita para promover, ante las instancias competentes, el dictado o emisión de los instrumentos legislativos y para promulgar reglamentos que permitan cumplir a cabalidad con ese fin tuitivo, de lo contrario la eficacia directa e inmediata de la Constitución se vería enervada. Cabe advertir, finalmente, que este Tribunal Constitucional no desconoce que el Reglamento impugnado fue derogado por el Reglamento para los Procesos de Adopción



Nacional e Internacional del 24 de noviembre del 2006, disposición general que en sus numerales 43 y 52, contiene normas similares a los artículos 35 y 39, inciso a), del impugnado. Sin embargo, el análisis de constitucionalidad del reglamento derogado –de 5 de enero de 2004- resulta jurídicamente útil en vista de los efectos jurídicos que pudo haber desplegado, así como por los contenidos relativamente similares que recoge la nueva reglamentación.

VIII.- CONCLUSIÓN. Como corolario de lo expuesto, se impone declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad planteada, toda vez que el artículo 35 del Reglamento impugnado no contiene ningún roce de constitucionalidad, al disponer la normativa a la que debe sujetarse cualquier persona que pretenda gestionar una adopción internacional. En lo relativo al artículo 39, inciso a), por las razones indicadas, tampoco, presenta infracción al Derecho de la Constitución.”

g) Adopción directa por parte de extranjeros

[SALA CONSTITUCIONAL]⁷

“Como primer reclamo aduce la consultante un vicio en el proceso de forma en el trámite cumplido para aprobación de la citada ley 8297, en tanto que, mediante oficio 41-S-P-2001 del veinte de febrero del dos mil uno, la Corte Suprema de Justicia manifestó expresamente su oposición al texto del proyecto de reforma que luego se convirtió en ley, por considerarla inconveniente y contraria al principio de igualdad constitucional. Por tal motivo asegura la consultante era imperativo respetar los términos del artículo 167 de la Constitución que dispone la necesidad de una votación calificada para poder separarse de ese criterio vertido por la Corte. Anota que lo aprobado por la Comisión Legislativa Plena Segunda diverge de la opinión de la Corte Suprema de Justicia, y que pese a ello no se cumplió con la votación calificada exigida por el artículo 167 de la Carta Fundamental, situación que dicho de paso, exigía además que la decisión se tomara por el Plenario legislativo, al ser el único capaz de lograr esa votación calificada. Señala que ello ha sido claramente expuesto en la sentencia 5958-98 de la Sala Constitucional, de manera que la ley padece de un vicio formal esencial a su formación y debe anularse. En efecto, en dicha sentencia se dice en lo conducente:

“IV.- Ahora bien, dispone la misma Carta Fundamental:

“Artículo 167.-

Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos tercera partes del total de los miembros de la Asamblea.” (nuevamente, el énfasis es agregado).



De la discusión precedente, así como del texto de la norma recién transcrita, es dable precisar aún más las condiciones dentro de las cuales no se puede trasladar un proyecto de ley a una de las comisiones legislativas plenas. En efecto, los asuntos que preceptivamente requieren de una consulta a la Corte Suprema de Justicia son aquellos que se refieran "a la organización o funcionamiento del Poder Judicial", donde el término "funcionamiento" alude no sólo a los aspectos de régimen interno administrativo de los despachos judiciales, sino también a las cuestiones procesales que rigen la sustanciación de los diversos asuntos sometidos a esos estrados. Y, en Costa Rica, la jurisdicción constitucional es indudablemente judicial, desde que tanto la Constitución Política como la Ley de la Jurisdicción Constitucional integran a esta Sala dentro de la estructura de la Corte. Es claro entonces que, respecto de esta clase de iniciativas legislativas, una delegación como la que se viene comentando no sería posible más que en aquellos casos en que, oída la opinión de la Corte, ésta resulte incondicionalmente favorable al proyecto de ley. Entiéndase "incondicionalmente" en el sentido de que el dictamen positivo no quede sujeto a que en la legislación que se propone deban efectuarse ajustes de cualquier índole; hipótesis que –obviamente– excluye también a aquellos casos en los que el criterio de la Corte Suprema de Justicia sea desfavorable al proyecto."

En la sentencia número 13273-2001 de las once y cuarenta y cuatro minutos del veintiuno de diciembre de dos mil uno, se precisó aún más sobre el tema:

"IV.- En relación con el aspecto de procedimiento consultado por los promotores de este proceso, resulta relevante recordar lo que al efecto dispone el artículo 167 de la Constitución Política:

(...)

Esta Sala se ha referido a los alcances de este deber del legislador, entendiendo que dicha consulta resulta obligatoria cuando lo discutido en la Asamblea es un proyecto de ley que pretenda establecer reglas de funcionamiento y organización del Poder Judicial, entendido esto no apenas como las disposiciones que regulen la creación de tribunales de justicia o competencias jurisdiccionales, sino incluso aquellas que dispongan sobre modo de ejercicio de dichas competencias, es decir, sobre la forma en que el Poder Judicial lleva a cabo su función jurisdiccional, incluidas normas propiamente procesales. Así lo sostuvo en la sentencia número 5958-98, de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, que en lo conducente dice:

"(...)En efecto, los asuntos que preceptivamente requieren de una consulta a la Corte Suprema de Justicia son aquellos que se refieran "a la organización o funcionamiento del Poder Judicial", donde el término "funcionamiento" alude no sólo a los aspectos de régimen interno administrativo de los despachos judiciales,

sino también a las cuestiones procesales que rigen la sustanciación de los diversos asuntos sometidos a esos estrados. (...)"

(...)

En síntesis, resulta evidente que el cumplimiento de un requisito como el hasta ahora mencionado, constituye un aspecto fundamental del procedimiento legislativo, en vista de que entraña la relación de absoluto respeto que cada uno de los órganos que componen el Estado deben tener en relación con aquellos a los que el constituyente confirió independencia funcional. No se trata de un poder de "colegislación", sino de necesaria participación en el procedimiento, con el objeto de asegurar el absoluto respeto de la esfera de independencia interorgánica asignada. Tal es el caso del Poder Judicial, por lo que la tarea en el siguiente acápite consistirá en determinar si la referida violación procedimental ocurrió en el trámite del proyecto de ley en consulta. Para ello, deberá ser considerado si la materia en discusión realmente corresponde a la "organización y funcionamiento" del Poder Judicial; si la misma es realmente novedosa respecto de lo anteriormente aprobado por la Asamblea y consultado a la Corte Suprema de Justicia, para así determinar si efectivamente incurrió la Asamblea en una omisión como la señalada.

V.- En la especie, podemos apreciar que el proyecto tramitado en expediente número 14.158 fue consultado en tres ocasiones a la Corte Suprema de Justicia por parte de la "Comisión Especial que preparara y dictaminara la legislación correspondiente y los mecanismos necesarios para hacer cumplir las recomendaciones de la Comisión Especial Mixta que estudió y analizó el aumento de la criminalidad en el país y el deterioro de la seguridad ciudadana" (ver folios 116, 392 y 930 del expediente legislativo). No obstante, con posterioridad a fecha de la última respuesta de la Corte Suprema de Justicia, ocurrida veintiocho de agosto del dos mil uno, la Asamblea introdujo modificaciones al proyecto, al aprobar la Comisión en sesión número 32 de seis de setiembre del dos mil uno, un nuevo texto sustitutivo. En razón del mismo, fueron modificados los artículos de la iniciativa que enmiendan los numerales 78, 378 y 385 incisos 1) y 5) del Código Penal. Tanto en el artículo 378 como en el 385 incisos 1) y 5) del Código Penal, referidos respectivamente a las contravenciones de lesiones levísimas, hurto menor y daños menores, es establecida la regla de que en caso de reincidencia, la pena aplicable será la de prisión, sancionándose con multa la primera falta. El artículo 78 es adicionado, disponiendo que las faltas y contravenciones cuya sanción consista en pena de prisión (casos de reincidencia antes mencionados) serán juzgadas de la misma forma que los delitos. Igualmente, se agregó la modificación al artículo 5° de la Ley del Registro y Archivos Judiciales, número 6723 de diez de marzo de mil novecientos ochenta y dos, obligando al Archivo Judicial a llevar registros de las personas que fueren condenadas por la comisión

de contravenciones, cuando debido a ello hubiere sido impuesta pena privativa de libertad. Como resulta evidente, las nuevas normas redistribuyen las competencias internas de los órganos jurisdiccionales encargados de conocer la materia penal, al excluir del conocimiento de los juzgados contravencionales los casos en que podría interponerse una pena privativa de libertad, trasladando dicha atribución a los tribunales penales. Asimismo, modifican las reglas de determinación de la pena aplicable para cada caso concreto, cuando se trate de las contravenciones cuya reincidencia implica la pena de cárcel. De la misma forma, modifican el ámbito de funciones del Archivo Judicial, aumentando la cantidad de datos que debe registrar. Todo lo anterior implica sin duda, la variación de diversas reglas concernientes al funcionamiento y organización del Poder Judicial. A pesar de lo anterior, la Asamblea Legislativa omitió efectuar la respectiva consulta a la Corte Suprema de Justicia (al menos la misma no consta en la copia certificada del expediente remitida por el Presidente del Directorio), sin que anteriormente dichos aspectos hayan estado incluidos en los textos consultados a la Corte Suprema de Justicia, por lo que estima la Sala que se incurrió en una violación al deber impuesto en el artículo 167 de la Constitución Política respecto de la independencia funcional reconocida por el constituyente al Poder Judicial, y en ese sentido debe entenderse que el trámite seguido con anterioridad a la aprobación del dictamen modificado es nulo desde el punto de vista constitucional y así debe ser declarado."

De lo transcrito no queda duda que el respeto de lo dispuesto en el artículo 167 Constitucional es imperativo en los casos de proyectos de ley relacionados con la organización o el funcionamiento del Poder Judicial, entendido éste -según los antecedentes transcritos- como la particular disposición y modo de realización de las actuaciones procesales que debe ejecutar el juez, tal y como resulta ser el caso de la reforma que ahora se analiza. Por ello, para ser válida la ley discutida desde la perspectiva del citado artículo constitucional, se requería que quien interviniera en la aprobación de la Ley fuera el Plenario Legislativo, pues éste es el único capaz de alcanzar la votación necesaria para tomar, en forma válida, la decisión de separarse del dictamen oportunamente emitido por la Corte Suprema de Justicia. No obstante, la Sala ha comprobado que la ley fue aprobada por una Comisión con facultad Legislativa Plena, en contradicción con los claros términos del artículo 167 de la Constitución recién citado.

Conclusión. Al no cumplirse con la exigencia constitucional comentada, la Ley discutida ha violado una formalidad constitucional esencial, cual es la de que debe ser aprobada con pleno respeto del artículo 167 de la Constitución Política, lo cual obliga a que deba ser declarada inconstitucional en su totalidad. Sin embargo en uso de la facultad establecida por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y para no causar graves dislocaciones en el ordenamiento jurídico,

se ordena que los efectos de esta resolución se inicien a partir de la fecha de esta sentencia, aplicándose, eso sí, a los asuntos aún pendientes de resolución ante las autoridades judiciales competentes a la fecha. Con vista de la forma en que se ha resuelto, no se hace ningún pronunciamiento sobre el resto de los temas y demás cuestiones planteadas por la consultante.”

h) Análisis sobre la constitucionalidad del requisito de separación de hecho durante 3 años como motivo de divorcio

[SALA CONSTITUCIONAL]⁸

I.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional inciso a), cabe acción de inconstitucionalidad contra leyes o disposiciones de carácter general que infrinjan, por acción u omisión, normas o principios constitucionales. El accionante cuestiona el inciso 8) del artículo 48 del Código de Familia, Ley No. 5476 de 2 de diciembre de 1973, con lo cual se verifica el cumplimiento de este supuesto. En cuanto a la legitimación, el párrafo 1° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que, para interponer una acción de inconstitucionalidad, es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. En el caso que nos ocupa, la acción de inconstitucionalidad tiene como asunto base el expediente No. 10-002469-0165-FA, el cual es un proceso de divorcio. Dentro de dichas diligencias está pendiente de resolver un recurso de apelación formulado por Carlos Geovanni Villalobos Brenes, contra el auto de las 11:22 hrs. de 3 de noviembre de 2010, mediante la cual se rechazó de plano la demanda. En la referida impugnación, se invocó la inconstitucionalidad del numeral cuestionado, mediante el escrito visible en su folio 25. Así las cosas, la Sala estima que el accionante está legitimado para interponer la acción de inconstitucionalidad.

II.- OBJETO DE LA ACCIÓN. El promovente cuestiona la conformidad del inciso 8) del artículo 48 del Código de Familia, Ley No. 5476 de 2 de diciembre de 1973, con el Derecho de la Constitución, en el tanto estima ilegítimo que se obligue a quienes están separados de hecho, a esperar tres años, para poder optar por el divorcio. Por lo descrito, estima irrespetado el principio de autonomía de la voluntad, consagrado por el artículo 28 de la Constitución Política.

III.- NORMA IMPUGNADA. La disposición cuestionada del Código de Familia, dispone lo siguiente:

“(...) Será motivo para decretar el divorcio: (...) 8) La separación de hecho por un

término no menor de tres años (...)"

IV.- SOBRE EL FONDO. Carlos Geovanni Villalobos Brenes considera que el inciso 8) del artículo 48 del Código de Familia, Ley No. 5476 de 2 de diciembre de 1973, es inconstitucional, dado que, desde su punto de vista, contraría el principio de autonomía de la voluntad, el obligar a quienes están separados de hecho, a esperar tres años, para poder optar por el divorcio. Observa esta Sala Constitucional que el promovente alude, para sustentar su posición, a la sentencia No. 2008-16009 de las 08:34 hrs. de 29 de octubre de 2008. Dicho antecedente no es aplicable al caso concreto. En aquella oportunidad este Tribunal declaró inconstitucional el inciso 7) del artículo 48 del Código de Familia, pues forzaba a los cónyuges a permanecer unidos por tres años de previo a optar por el divorcio, sin importar que estuvieran de acuerdo en deshacer el vínculo, supuesto totalmente distinto al presente, en el cual no hay concierto de voluntades. Por consiguiente, en criterio de esta Sala Constitucional la acción resulta manifiestamente improcedente y así debe declararse.

V.- En mérito de lo expuesto, se impone rechazar por el fondo la acción de inconstitucionalidad."

j) Determinación de guarda, crianza y educación de los hijos en caso de divorcio

[SALA CONSTITUCIONAL]⁹

I.- Sobre la Legitimación. El artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que para interponer una acción de inconstitucionalidad es necesario que exista asunto pendiente de resolver en los tribunales o un procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. En el presente caso, el asunto previo que legitima al accionante, corresponde al Proceso Judicial de Modificación de Guarda, Crianza y Educación tramitado ante el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de Heredia, con vista al expediente 09-001674-0165-FA, en el cual figura como actor, solicita compartir con la madre la guarda, crianza y educación del menor e invocó la inconstitucionalidad del artículo 56 del Código de Familia. De este modo, y estimando la Sala que el accionante cumple con los presupuestos de legitimación, la acción resulta admisible.

II.- Objeto de impugnación. El accionante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 56 del Código de Familia, por considerar que violenta los artículos 53 y 54 de la Constitución Política, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debido proceso e interés superior del menor y los artículos 12, 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 13 y

16 de la Ley de Aprobación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 3,5,9,16 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el numeral 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La norma la impugna, por cuanto en caso de divorcio, el Tribunal es el que determina a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación del menor, lo que implica suspender parcialmente la patria potestad a uno de los progenitores, pese a que a priori ambos gozan de dichos deberes-obligaciones. El artículo impugnado establece:

“ARTICULO 56.-

Al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquéllos. Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirían las funciones de tutor.

El Tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos.

Cualquiera que sea la persona o institución a cuyo cargo queden los hijos, los padres quedan obligados a sufragar los gastos que demanden sus alimentos, conforme al artículo 35.

Lo resuelto conforme a las disposiciones de este artículo no constituyen cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.”

III.- Sobre la inconstitucionalidad acusada. Nuestra Constitución Política tutela a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, a la cual además, el Estado debe dar una protección especial, de conformidad con el artículo 51. Este concepto de familia tutelado en las normas constitucionales (51 y 52) es amplio y no restrictivo, de manera tal que en él se incluye tanto la familia unida por un vínculo formal -matrimonio-, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales, pero estables y singulares -uniones de hecho-, en los que hay convivencia y se cumple con los requisitos necesarios para una vida familiar, en tanto se sustentan en una misma fuente, sea el respeto, la fidelidad, el socorro mutuo y se comparte la responsabilidad y el gobierno de la familia, así como de su eventual descendencia (ver sentencia No. 2006-7262). Es en la familia que idealmente se permite y propicia que los menores de edad logren desarrollar sus potencialidades y atributos de la mejor manera y puedan insertarse de manera equilibrada en las estructuras sociales y mercados de trabajo. Es por ello que en

principio, todo menor tiene el derecho de convivir con sus padres, quienes son en primera instancia los responsables de velar por la satisfacción de sus necesidades, tanto materiales como morales y espirituales. En ese contexto es que se establece la autoridad parental conocida también como patria potestad, comprendida como aquel conjunto de poderes-deberes que los padres y madres ejercen sobre sus hijos respecto a velar por su integridad física y psíquica (guarda), brindarle los alimentos y satisfacer sus necesidades primordiales para un adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para vivir en la sociedad (educación), administrar sus bienes, así como responder civilmente por él. En esta materia, todo derecho comporta un deber, por ejemplo, el artículo 53 de la Constitución Política, en su párrafo primero dispone:

"Los padres tienen con sus hijos habidos fuera de matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él..."

Asimismo, el artículo 143 del Código de Familia, en lo conducente, dice:

"La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo..."

Internacionalmente estos deberes-derechos también son afianzados. En la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley de la República número 7184 del 18 de julio de 1990, en el inciso primero del artículo 7 se indica:

"ARTICULO 7.-

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

Lo anterior debe relacionarse con el inciso primero del artículo 18 del mismo texto legal, que expresa:

"ARTICULO 18.-

1.Los Estados partes pondrán el máximo de 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 (...)"

Sin embargo esta normativa también contempla otras soluciones posibles para el ejercicio de la patria potestad de los padres en circunstancias especiales, como el caso del divorcio que contempla la norma impugnada. El artículo 9.1 y 9.3 de la Convención citada indican:



“1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño...3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...”

Este principio, al cual hace alusión la norma anterior y el mismo accionante, establece que 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. Principio que fue desarrollado en el Código de la Niñez y de la Adolescencia según dispone el artículo 5:

“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 a un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal. La determinación del interés superior deberá considerar: 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”.

Del análisis de estas normas transcritas, la Sala ha señalado que el principio del interés superior del menor de edad, ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño, pasando de ser individuos dependientes de sus padres o de las autoridades públicas, a reconocer su individualidad como persona y, por ende, titular de derechos. Esto en el entendido de que el referido principio no es un concepto abstracto, sino un criterio hermenéutico que obliga a interpretar de forma sistemática las disposiciones que tengan relación con los derechos de la niñez, sobretodo frente a la resolución de conflictos jurídicos, pues permite dirimir las antinomias y colmar las lagunas jurídicas, en tanto supone que la interpretación y aplicación de los institutos jurídicos deben atender siempre a favor de los menores de edad. Podríamos decir que ese interés hace alusión a todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión



Consultiva OC-17/2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Se enfatizó que la expresión “Interés superior del niño” consagrada en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores, para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Asimismo, que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales; y que los Estados Partes en esos tratados, tienen la obligación de adoptar las medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos al niño. De igual modo, que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños, se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes al Juez natural -competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción, audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentren los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar respecto al desarrollo de éstos. Su misión primordial, es que no se entienda al niño como un mero receptor de medidas de protección, en la concepción de la protección tutelar del menor, sino en la protección integral de su desarrollo, como titular de sus derechos, los que a su vez, le deben ser reconocidos y protegidos de manera primordial y no secundaria. Se trata, en consecuencia, de una garantía a favor de los niños, no de los padres y madres. Es de tal amplitud, que obliga no sólo al legislador, sino que, además, vincula a todas las autoridades públicas e, incluso, a los padres de familia. Se impone como orientación o directriz política en la medida que las actuaciones públicas, deben estar dirigidas hacia el desarrollo armónico y equitativo de los menores de edad. Precisamente por ello, también en nuestra legislación se contempla la posibilidad de la autoridad judicial de proceder a suspender o modificar la patria potestad en casos muy calificados que son los dispuestos en el artículo 159 del Código de Familia:

“1) La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique al patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres.

2) La dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o

ejemplos corruptores, que los padres dieran a sus hijos;

3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles;

4) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible; 5) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente; y

6) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos.

Las sanciones previstas en este artículo podrán aplicarse a los padres independientemente de los juicios de divorcio y separación judicial.”

O, en última instancia, según lo establece el artículo 158 del mismo texto legal: “a) Por el matrimonio o la mayoría adquirida. b) Por la muerte de quienes la ejerzan.

c) Por la declaratoria judicial de abandono, que se produzca por encontrarse la persona menor de edad en riesgo social, de acuerdo con el artículo 162 de este Código y no exista oposición de los padres o cuando, suspendido el derecho, ellos no demuestren haber modificado la situación de riesgo del menor de edad, en el plazo que el Juez les haya otorgado.

d) Cuando la persona menor de edad haya sido objeto de violación, abusos deshonestos, corrupción o lesiones graves o gravísimas de quienes la ejerzan.”

De manera que, el ejercicio de la autoridad parental está sujeto a varias condiciones, frente a un eventual incumplimiento o abuso de ésta en perjuicio del menor. Diferente es el caso de la norma aquí impugnada, que no se refiere a la suspensión de la patria potestad, sino que únicamente modifica algunos de los aspectos de contenido personal, al establecer como una facultad del juez decidir a cuál de los cónyuges le corresponderá la guarda, crianza y educación del menor en los casos de disolución del vínculo familiar, atendiendo únicamente al interés superior de los niños, por una realidad indubitable que será el rompimiento jurídico de esa relación matrimonial, la separación física de sus padres, así como de sus domicilios. Lo anterior no significa la renuncia, ni la suspensión de esos aspectos en sentido estricto, ni de los demás que comprende el conjunto de poderes-deberes que tienen los padres de familia respecto a sus hijos, pues lo que sucede es que se ejercen en forma diferente a cuando los padres vivían juntos y conservan en iguales términos aquellos de índole patrimonial y de representación, para lo cual la ley y la misma Convención sobre los Derechos del Niño garantiza su ejercicio por ejemplo a través del régimen de visitas: “Artículo. 9

...3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno

o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...”

Esa interrelación familiar es precisamente la que se pretende lograr con el régimen de visitas cuando los hijos no conviven con alguno o con ambos padres. De esta forma se materializa una relación directa que permite mantener y profundizar la relación entre ellos. Esto por la relevancia que tiene respecto a la salud emocional y el desarrollo de la personalidad, el contacto de los hijos menores con sus progenitores, sobretodo en los casos de separación de sus padres. Como bien indica la Procuraduría en su informe, los atributos de la autoridad parental siguen siendo asumidos en forma conjunta por ambos padres, aunque ejercidos de forma diferente precisamente porque los padres cambiaron su relación familiar. Así lo establece la misma Convención citada y a la cual hace alusión el accionante:

“Artículo 9

- 1.
- 2.
- 3.

En consecuencia con lo expuesto es que el artículo 56 cuestionado dispone literalmente:

“ARTICULO 56.-

Al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquéllos. Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirían las funciones de tutor.

El Tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos.

Cualquiera que sea la persona o institución a cuyo cargo queden los hijos, los padres quedan obligados a sufragar los gastos que demanden sus alimentos, conforme al artículo 35.

Lo resuelto conforme a las disposiciones de este artículo no constituyen cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.”

En concordancia con esta disposición, el artículo 152 del Código de Familia señala también: “Artículo 152.-



En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos. Queda a salvo lo dispuesto para el divorcio y la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos.

Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo por vía incidental, a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.”

De la lectura de ambas normas, considera este Tribunal que no existe una prohibición absoluta como entiende el accionante para que las autoridades judiciales competentes, no puedan valorar la posibilidad de permitir que ambos padres compartan la guarda, crianza y educación del menor, si logran demostrarle que ello obedece al interés superior de ese niño o niños. Tampoco señala la norma que deba otorgársela a la madre con preferencia al padre, sino que depende de cada caso particular y de lo que sea más conveniente para el menor. De hecho, el Tribunal de Familia ha debido resolver pretensiones en ese sentido. Veamos algunos ejemplos que cita la Procuraduría:

“...El tema de la guarda, crianza y educación, nuevamente se pone en la palestra judicial con esta acción, ello por cuanto el actor lo que pretende es que se de un cambio en cuanto a la forma como comúnmente se ha enfocado y resuelto este tema. Desde tiempos remotos, se ha considerado que por la estabilidad que requiere una persona menor de edad, la misma solo debe de permanecer al lado de uno de sus progenitores -entendiéndose lógicamente cuando ha operado una separación entre los mismos-, el cual en la mayor parte de casos es la madre, razones hay de más para haber resuelto de esta forma, entre ellas se pueden citar: a.- un mayor vínculo afectivo existente entre la madre y el hijo; b.- Dependencia del hijo hacia la madre; c.- formación psicosocial y cultural; d.-

en muchos casos las madres se mantenían en sus hogares al cuidado de los mismos, mientras el hombre laboraba, e.- machismo; y otras causas más que se podrían citar. Hoy día, las cosas han ido cambiando, nos encontramos ahora a una mujer en muchos casos integrada al mercado laboral, con mucho éxito a nivel profesional, con más posibilidades de participar en diversas actividades tales como el estudio, con una libertad -entendiéndose bien el término- económica al no depender de otra persona, con una amplitud mayor de criterio y una percepción diferente de la vida y de la relación familiar a la que tenían nuestras madres y

abuelas. Por su parte, nos encontramos en muchos casos, a un hombre más consciente de sus deberes, obligaciones y responsabilidades respecto a su familia e hijos, que interactúa y participa casi plenamente en las diferentes actividades de sus hijos; que se interesa por el bienestar de su grupo familiar, en fin un hombre en ejercicio pleno de su rol de padre y esposo -conviviente según sea el caso-.-

V.- Es novedosa la propuesta formulada por el actor, será posible que los padres -separados- puedan compartir la guarda, crianza y educación de sus hijos, podrá el hombre en iguales e idénticas condiciones que la mujer, poder hacerse cargo de sus hijos, mientras la madre de los niños desempeña y cumple con su horario laboral, podrá variarse la doctrina y la jurisprudencia patria en cuanto a que la guarda, crianza y educación deba necesariamente recaer en solo uno de los progenitores y no compartida la misma, novedosa la propuesta, pero por novedosa que sea no se debe de desechar de plano como se ha hecho, negándosele al actor su derecho de ser escuchado por parte del órgano jurisdiccional. Debemos de recordar que el derecho de familia, se ajusta paulatinamente y a la velocidad que nuestros institutos familiares lo requieren, por ello está siempre en un constante cambio y actualizándose, ante ello considera esta integración que la resolución recurrida se debe de revocar, y en su lugar disponer que se curse la presente acción como proceso abreviado de guarda, crianza y educación compartida, ello si otra causa legal no lo impide.”(Resolución No. 589-08 de las nueve horas con cuarenta minutos del veintisiete de marzo del año dos mil ocho)

Sin embargo, esto sin duda alguna debe ser analizado y probado en cada caso concreto, pues ello no siempre es factible y más bien, lo pretendido por el accionante en algunas circunstancias perjudica a los niños. Veamos otro caso que resolvió el Tribunal de Familia en la sentencia No. 1781-09 del veinticinco de noviembre de dos mil nueve:

“PRIMERO: La sentencia de primera instancia es apelada por doña Margarita Brenes Fonseca quien alega como motivos de disconformidad los siguientes: A.) Que la guarda, crianza y educación del menor XXXX se le otorgue a ella. Sostiene que el menor mejoró su rendimiento escolar y la conducta al vivir al lado de ella. Alega además que el señor L.t.L. viaja mucho por lo que una guarda crianza compartida es difícil. B.) Que el demandado debe cancelar una pensión alimentaria tal como ya se fijó previamente en un proceso alimentario, y no lo que dispone la sentencia recurrida, porque a pesar de que el juez de primera instancia dispone que el joven estará semana de por medio con cada uno de los progenitores, debe haber un solo progenitor responsable de pagar psicólogo, médico, educación, etc. ...Si bien es cierto se constata en autos que después de la separación de las partes ambos progenitores prácticamente compartieron la guarda del menor ..., pues se dividieron su custodia la misma cantidad de días de la semana. Pero es evidente que ello no dio buenos resultados, pues también se



constató en autos que el joven ... presentó problemas de conducta y académico en su pre adolescencia. Veamos: ese tipo de problemas no surge de un momento a otro sino que van emergiendo poco a poco, y se requiere de límites y controles para orientar al joven y evitar las consecuencias que en este caso vivió XXXX No obstante, posteriormente se confirió la guarda a la madre y, el joven XXXX mejoró notablemente su conducta. Consideran los suscritos jueces que XXXXX debe ser cuidado, guiado, orientado constantemente, tal como debe darse con todo adolescente. Y en este caso en particular está demostrado con la misma conducta de XXXX que requiere vivir bajo el techo de uno solo de sus progenitores aunque tenga un régimen de visitas amplio con el otro, pues de lo contrario podría aprovechar para volver a incurrir en una mala conducta, pues sin duda la falta de control en un joven le permite a actuar libremente porque sabe que nadie le va a estar vigilando su comportamiento. El hecho de que XXXXX viva al lado de uno de sus padres le proporciona la estabilidad material y emocional que toda persona menor de edad requiere para desarrollar el sentido de pertenencia que es tan importante para un adecuado desarrollo integral. El Tribunal considera que la mejor opción para asumir tal guarda es la madre del joven, sin que ello signifique que se descalifique al padre. Simplemente se tiene presente que la madre ha sabido poner control al joven ..., lo que sin duda repercutió en una mejor conducta, la que resulta indispensable para que enfrente mejor su formación académica y social. La decisión se toma teniendo como norte el Interés Superior de XXXX. Si bien los padres alegan su derecho a ejercer dicha guarda, es un planteamiento meramente "adultista", pero para este Tribunal es clara la preeminencia del Interés Superior de XXXX contemplado tanto en la Convención de Derechos del Niño como en el Código de Niñez y Adolescencia. Los derechos de los padres en lo relativo a la guarda, crianza y en general a los atributos de la patria potestad, tiene un fundamento dentro de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y del mismo Código de Familia, meramente adultista, no obstante en Costa Rica prevalece la doctrina de la Convención de Derechos del Niño recogida claramente en el Código de Niñez y Adolescencia, la que se aplica en este caso así como en todo asunto en donde interfieren personas menores de edad. Por otra parte debemos señalar que si bien en los Estados Unidos de Norte América, país natal de don R .L.L., se practica con frecuencia la guarda y crianza compartida, lo cierto es que la sociedad así lo ha aceptado y su cultura jurídica no ha permitido ratificar la Convención de Derechos del Niño sino que más bien se ha inclinado por Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de orden "adultista"..."

Los precedentes citados, son claros ejemplos de que las normas impugnadas no han sido obstáculo para que en casos de divorcio o de separación, los padres ejerzan en forma conjunta la guarda, crianza y educación de sus hijos. Lo anterior claro está, cuando las circunstancias son las más adecuadas para el cuidado del menor, pues como quedó evidenciado, no en todos los casos ello va acorde con el

interés superior del niño. Por consiguiente, la norma no resulta inconstitucional en los términos expuestos por el accionante. En primer término, porque la disposición se ajusta a lo establecido en los mismos Convenios Internacionales, en el sentido de que en atención al interés superior del menor, en circunstancias especiales como el divorcio o de separación de los padres, el Estado debe decidir sobre la residencia del niño tomando como eje esencial el interés superior del menor. Asimismo, quedó evidenciado, de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, que la guarda, crianza y educación del menor puede ser compartida por ambos padres o ejercida, en mayor medida por uno de ellos, sin que ello implique la suspensión de la patria potestad del padre de familia que deberá optar por el régimen de visitas. Esto porque se reitera, que el interés superior del menor es un criterio hermenéutico que obliga a interpretar de forma sistemática las disposiciones que tengan relación con los derechos de la niñez, sobretodo frente a la resolución de conflictos jurídicos, lo cual permite dirimir las antinomias y colmar las lagunas jurídicas, en tanto supone que la interpretación y aplicación de los institutos jurídicos deben atender siempre a favor de los menores de edad. Es por ello que se configura en una garantía para los niños y no para los padres de familia. Así las cosas, la norma en cuestión resulta razonable y proporcionada a los fines, que son, la protección de la familia, pero especialmente del niño, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos del Niño. Ciertamente ambos padres de familia tienen los mismos derechos y obligaciones, sin embargo su ejercicio puede quedar supeditado razonablemente a determinadas circunstancias excepcionales, como ocurre por ejemplo con la separación y el divorcio de los padres, que por la separación física de éstos, se impone la necesidad de solucionar el lugar de residencia del menor, así como su guarda, crianza y educación.

IV. Conclusión.-

En razón de todo lo expuesto este Tribunal no considera que la norma impugnada resulte inconstitucional, según los aspectos cuestionados por el accionante. En consecuencia, procede declarar sin lugar la acción.”

j) Inconstitucionalidad de plazo para divorciarse por mutuo consentimiento

[SALA CONSTITUCIONAL]¹⁰

“IV.- Sobre la inconstitucionalidad alegada. El artículo 28 de la Constitución Política preserva tres valores fundamentales del Estado de Derecho costarricense: a) el principio de libertad que, en su forma positiva implica el derecho de los particulares a hacer todo aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley; b) el principio de reserva de ley, en virtud del



cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior; y c) el sistema de la libertad, conforme el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción, incluso, de la ley. Esta norma vista como garantía, implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2º, el cual crea, así, una verdadera "reserva constitucional" en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público. Como ya se indicó, el principio de libertad jurídica se encuentra expresado principalmente en el principio de autonomía privada, según el cual el administrado puede regular jurídicamente de acuerdo a su voluntad y en la medida de su contenido, su esfera de acción. Básicamente el principio de libertad jurídica significa que el administrado puede fijarse él mismo los fines de su conducta y los medios para cumplirlos. Ciertamente no podría hablarse de fines completamente libres, toda vez que bajo ciertas circunstancias, el Estado puede imponerle excepcionalmente fines al particular (como los gastos públicos). Lo esencial estriba en que el Estado no puede interferir en la esfera de acción privada de los administrados, sino es a través de una autorización expresa de una norma escrita o no escrita que provenga del ordenamiento jurídico, y que los particulares puedan realizar todas aquellas actividades que no estén expresamente prohibidas. De modo que, si el ordenamiento no prohíbe una conducta, se puede interpretar que el administrado está autorizado para determinar sus propios fines y a la vez los medios a través de los cuales los quiere realizar. En el caso de estudio, la voluntad de los contrayentes debe concretarse en el llamado consentimiento matrimonial, ya que el matrimonio es siempre un acto voluntario y libre, que requiere un específico consentimiento. Y así es estipulado por nuestro Código de Familia en su artículo 13 al expresar literalmente lo siguiente:

“Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe de manifestarse de modo legal y expreso”

Las formalidades que comporta el acto matrimonial tiene como fin que las personas que van a suscribirlo tomen conciencia de la importancia y consecuencias que se van a producir. Por medio de procedimientos formales, se induce a las partes a expresarse con mayor exactitud, a crear una expresión de la voluntad clara y completa. Precisamente el valor que le otorga la ley al consentimiento para llevar a cabo un acto de tan gran trascendencia jurídica como lo es el matrimonio, es porque éste responde a los sentimientos de los contrayentes, unirse para alcanzar los fines que persigue el matrimonio. Hay una



voluntad concurrente y coincidente de los contrayentes dirigida hacia un mismo punto, la creación del matrimonio. No obstante, los fines e incluso la voluntad de los contrayentes puede cambiar durante el matrimonio, lo que ha dado origen a su rompimiento, o sea al divorcio, lo cual puede ser de forma contenciosa o voluntaria. Nuestra legislación ha adoptado como una forma de disolución del vínculo matrimonial el divorcio por mutuo consentimiento. Esta causal se fundamenta básicamente en el acuerdo simultáneo y voluntario de los cónyuges en disolver el vínculo que los une bajo términos pactados por ambos, acudiendo al Tribunal únicamente para verificar que se cumpla el procedimiento establecido. Se trata de una jurisdicción voluntaria, por cuanto no es contencioso. Es considerado un divorcio remedio, puesto que no se fundamenta en una causal de sanción. A ninguno de los consortes se les atribuye un hecho censurable ni se les culpa de nada, simplemente ambos voluntariamente manifiestan su deseo de romper el vínculo que los une, lo que manifiestan a través de una escritura pública. La institución del matrimonio fue creada para que los cónyuges pudieran desarrollar una vida en común, mutuo auxilio y cooperación entre ellos, fin que desaparece cuando se extingue la voluntad de estos de permanecer unidos bajo la figura jurídica del matrimonio. Como ya se indicó, nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de romper el vínculo matrimonial, sin embargo lo autoriza sólo después de 3 años de matrimonio. Ese plazo establecido como requisito, se impone como una limitación a ese derecho fundamental de las personas de autonomía de la voluntad de optar por la disolución matrimonial en el momento en que lo estime pertinente, ya que mediante la disposición impugnada se obliga a las personas a permanecer tres años unidas en matrimonio para poder obtener el divorcio por mutuo consentimiento. Los derechos fundamentales no resultan en principio irrestrictos, sin embargo dicha limitación para que sea válida constitucionalmente, debe atender a un interés público, ser razonable y proporcionada. Esta Sala ha señalado que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: que sea necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. En el presente caso, se ha justificado la necesidad de la norma fundamentándose en que nuestro Estado reconoce el matrimonio como base esencial de la sociedad y que como tal, un matrimonio viene a constituirse en pieza muy importante. Sin embargo, debe entenderse matrimonio en sentido integral no meramente formal, lo cual implica que tenga como objetivo la vida en común de los cónyuges, la cooperación y el mutuo auxilio dispuesto en el artículo 11 del Código de Familia, así como el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades dispuestas en el artículo 34 del mismo Código, según el cual



deben compartir la responsabilidad y el gobierno de la familia, regular los asuntos domésticos, proveer la educación de sus hijos, preparar su porvenir, están obligados a respetarse, guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente, así como a mantenerse en un mismo hogar. Tales consecuencias y obligaciones forman parte del fuero interno y del ámbito más íntimo de una persona. Desde el punto religioso ciertamente no se trata de cualquier convenio, y por los efectos que se derivan de esta unión, tampoco podría decirse que es igual que cualquier otro convenio. Sin embargo, la idealización de lo que debiera ser una institución social no puede reducir la condición de cualquier ser humano de verse forzado a mantenerse vinculado formalmente a otra persona durante tres años como establece la norma en cuestión con los efectos gravosos que ello apareja a los cónyuges. La limitación además de ser necesaria debe ser válida e idónea. Requisitos que no se cumplen actualmente, pues cuando las parejas se encuentran frente a una decisión de divorcio es porque no se está frente a lo que es considerado verdaderamente un matrimonio, no satisface los fines señalados y el plazo legal estipulado como un impedimento para que se opte por el divorcio tampoco resulta idóneo, puesto que lo que subyace es únicamente una ficción jurídica, donde sólo los une un estado civil, no lo que supone el presupuesto de la norma, que se reconcilie la pareja y se mantenga el matrimonio. En la legislación anterior, se estipulaba un plazo de cinco años que posteriormente fue rebajado a 3 sin fundamento o estudio técnico alguno por parte de los legisladores que justificaran un plazo u otro. Se indicaba que la mera existencia de este plazo significaba un tiempo determinado que obligara a los cónyuges a buscar una solución a sus problemas y no culminarse con la desintegración del hogar, lo cual como ya se indicó es una ficción jurídica. Las partes cuando no están seguras se separan y no deciden el divorcio en el acto, y si eventualmente así lo acordaren y posteriormente se arrepienten no les está vedado el volver a contraer nupcias. Sin embargo, pretender que un matrimonio se mantenga forzosamente sí trae consecuencias más gravosas que las que pretende tutelar. En un plazo tan extenso de 3 años, en que las parejas se ven obligadas a convivir en un ambiente de hostilidad la violencia se puede generar con mayor facilidad, propiciando situaciones más graves en las que podrían incluso verse afectados menores nacidos en el mismo matrimonio o los que se hayan procreado con anterioridad, se propician relaciones de adulterio, nacimientos de hijos con los apellidos del cónyuge sin ser hijos de éste, discusión respecto de los bienes que se produzcan mientras subsistan los efectos civiles, entre otros. Incluso, en la eventualidad de que la mujer se encuentre en estado de embarazo, siendo el padre uno diferente al que presume la ley como hijo habido dentro del matrimonio, el menor no podría portar los apellidos de su padre biológico, si el esposo de ésta no impugna su paternidad, con lo que se le estaría vedando la posibilidad al menor de saber quienes son sus verdaderos padres y con ello violentando el interés superior del



menor. La imposición de este plazo no resulta idónea, aunque los legisladores pretendan a través de leyes proteger la unión matrimonial estableciendo una prohibición para divorciarse durante los primeros tres años, cuando los cónyuges deciden por razones objetivas o subjetivas que no pueden o deben continuar conviviendo, éstos recurrirán a cualquier medio disponible para disolver el vínculo que los une, incluso a falsear procesos de divorcio con tal de lograr la disolución del vínculo. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De conformidad con lo ya expuesto, en criterio de este Tribunal la medida cuestionada no resulta proporcionada a los efectos que pretende, pues son mayores los perjuicios que conlleva la obligatoriedad de mantener a dos personas conviviendo dentro del ámbito más privado de todo individuo en un mismo lugar y con las obligaciones y efectos de todo matrimonio contra su voluntad, que el fortalecer la institución matrimonial bajo criterios voluntaristas que propicien los fines de un verdadero matrimonio base esencial de nuestra sociedad. La intervención del Estado debe ser lo menos posible respecto a la vida privada de las personas, pues su esfera de acción más íntima debe ser dejada a su arbitrio, siempre y cuando no exceda los límites establecidos en el artículo 28 constitucional. Para que el Estado procure una sociedad esencialmente justa debe respetar que un ser autónomo tenga la capacidad de alterar sus preferencias y no que queden atadas y fijadas por una socialización determinada, sino más bien permitir un proceso que permita el desarrollo de las personas. El Estado debe ser neutral respecto a la socialización de sus miembros, pues debe asegurar la autonomía necesaria para alterar sus preferencias mediante la reflexión racional. La elección de nuestras preferencias como seres humanos, deben realizarse atendiendo solamente a las relaciones generales entre las prácticas sociales y los intereses humanos que pueden suponerse razonablemente, y las restricciones generales a las circunstancias establecidas por el horizonte de factibilidad, no por una irrazonabilidad impuesta. Si el matrimonio es un acto esencialmente voluntario, no podría concebirse el sobrellevarlo si la voluntariedad ya no existe. Y respecto a los efectos de terceros por los cuales se ha fundamentado la imposición de dicha limitación, esta tampoco resulta procedente. Se ha argumentado que el matrimonio afecta también a los hijos y que éstos terceros también tienen interés en que aquel subsista, no obstante las relaciones de padre a hijo

y viceversa no deberían alterarse con la disolución del matrimonio, ya que la disolución de la relación se circunscribe a los esposos en su esencia personal no como padres. También se ha indicado que el matrimonio interesa igualmente a la Sociedad, lo cual puede ser muy válido pero como ya se indicó, lo que pueda

considerarse realmente un matrimonio, donde hay una voluntad libre de convivir, para alcanzar los fines del matrimonio en forma conjunta. Cuando el delito, la infidelidad, vicios profundos e incurables, la aversión completa e invencible producto de causas graves y permanentes, vienen a romper la solidaridad del vínculo conyugal, abriendo un abismo entre los cónyuges que hace absolutamente intolerable la vida marital, irreconciliables a los ánimos, faltan en tal supuesto las condiciones constitutivas del matrimonio, haciendo imposible el cumplimiento de la función social y personal a que está llamado. No puede, pues sostenerse la subsistencia del matrimonio, por virtud de simple ficción, cuando ya en realidad no existe por faltar las condiciones propias de vida. Las parejas también tienen derecho a resguardar la confidencialidad del caso cuando se produce alguna otra causal de divorcio y no quieren hacerla pública, lo cual hacen en algunos casos resguardando su intimidad mediante el divorcio por mutuo consentimiento. Ahora si lo que el legislador pretende es resguardar con la norma en cuestión otros efectos colaterales, como sería por ejemplo la condición de matrimonio para efectos migratorios, se trata de una situación que debe regular de otra manera que no resulte desproporcionadamente lesiva en los términos expuestos y para dichos efectos directamente.

V.- Conclusión. De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, el plazo dispuesto en el artículo 48 inciso 7 del Código de Familia para que se pueda optar por el divorcio bajo la causal de mutuo consentimiento, resulta violatorio de la autonomía de la voluntad de las personas, del principio de razonabilidad y proporcionalidad y del artículo 53 de la Constitución Política. Por conexidad, se debe declarar inconstitucional también el artículo 60 del Código de Familia, únicamente en cuanto dispone que la separación por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de dos años de verificado el matrimonio, bajo las mismas consideraciones expuestas. Lo anterior implica, que las personas que deseen optar por el divorcio por mutuo consentimiento o por la separación judicial, pueden hacerlo independientemente del tiempo que tengan de haber contraído matrimonio.”

k) Plazo de 2 años para decretar divorcio por separación judicial

[SALA CONSTITUCIONAL]¹¹

“III.- Sobre el fondo. Considera el promovente que las pautas para la decisión de este asunto están fijadas por la sentencia de la Sala #2008-16099 de las 8:34 horas del 29 de octubre del 2008, en la cual se analizó la conformidad con la Constitución del inciso 7) del mismo artículo 48 que ahora se impugna. Indicó este Tribunal en aquella oportunidad:

“IV.- Sobre la inconstitucionalidad alegada. El artículo 28 de la Constitución

Política preserva tres valores fundamentales del Estado de Derecho costarricense: a) el principio de libertad que, en su forma positiva implica el derecho de los particulares a hacer todo aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley; b) el principio de reserva de ley, en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior; y c) el sistema de la libertad, conforme el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción, incluso, de la ley. Esta norma vista como garantía, implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2º, el cual crea, así, una verdadera "reserva constitucional" en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público. (...) En el caso de estudio, la voluntad de los contrayentes debe concretarse en el llamado consentimiento matrimonial, ya que el matrimonio es siempre un acto voluntario y libre, que requiere un específico consentimiento. Y así es estipulado por nuestro Código de Familia en su artículo 13 al expresar literalmente lo siguiente:

“Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe de manifestarse de modo legal y expreso”

Las formalidades que comporta el acto matrimonial tiene como fin que las personas que van a suscribirlo tomen conciencia de la importancia y consecuencias que se van a producir. Por medio de procedimientos formales, se induce a las partes a expresarse con mayor exactitud, a crear una expresión de la voluntad clara y completa. Precisamente el valor que le otorga la ley al consentimiento para llevar a cabo un acto de tan gran trascendencia jurídica como lo es el matrimonio, es porque éste responde a los sentimientos de los contrayentes, unirse para alcanzar los fines que persigue el matrimonio. Hay una voluntad concurrente y coincidente de los contrayentes dirigida hacia un mismo punto, la creación del matrimonio. No obstante, los fines e incluso la voluntad de los contrayentes puede cambiar durante el matrimonio, lo que ha dado origen a su rompimiento, o sea al divorcio, lo cual puede ser de forma contenciosa o voluntaria. Nuestra legislación ha adoptado como una forma de disolución del vínculo matrimonial el divorcio por mutuo consentimiento. Esta causal se fundamenta básicamente en el acuerdo simultáneo y voluntario de los cónyuges en disolver el vínculo que los une bajo términos pactados por ambos, acudiendo al Tribunal únicamente para verificar que se cumpla el procedimiento establecido. Se trata de una jurisdicción voluntaria, por cuanto no es contenciosa. Es considerado



un divorcio remedio, puesto que no se fundamenta en una causal de sanción. A ninguno de los consortes se les atribuye un hecho censurable ni se les culpa de nada, simplemente ambos voluntariamente manifiestan su deseo de romper el vínculo que los une, lo que manifiestan a través de una escritura pública. La institución del matrimonio fue creada para que los cónyuges pudieran desarrollar una vida en común, mutuo auxilio y cooperación entre ellos, fin que desaparece cuando se extingue la voluntad de estos de permanecer unidos bajo la figura jurídica del matrimonio. Como ya se indicó, nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de romper el vínculo matrimonial, sin embargo lo autoriza sólo después de 3 años de matrimonio. Ese plazo establecido como requisito, se impone como una limitación a ese derecho fundamental de las personas de autonomía de la voluntad de optar por la disolución matrimonial en el momento en que lo estimen pertinente, ya que mediante la disposición impugnada se obliga a las personas a permanecer tres años unidas en matrimonio para poder obtener el divorcio por mutuo consentimiento. Los derechos fundamentales no resultan en principio irrestrictos, sin embargo dicha limitación para que sea válida constitucionalmente, debe atender a un interés público, ser razonable y proporcionada. Esta Sala ha señalado que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: que sea necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. En el presente caso, se ha justificado la necesidad de la norma fundamentándose en que nuestro Estado reconoce el matrimonio como base esencial de la sociedad y que como tal, un matrimonio viene a constituirse en pieza muy importante. Sin embargo, debe entenderse el matrimonio en sentido integral no meramente formal, lo cual implica que tenga como objetivo la vida en común de los cónyuges, la cooperación y el mutuo auxilio dispuesto en el artículo 11 del Código de Familia, así como el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades dispuestas en el artículo 34 del mismo Código, según el cual deben compartir la responsabilidad y el gobierno de la familia, regular los asuntos domésticos, proveer la educación de sus hijos, preparar su porvenir, están obligados a respetarse, guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente, así como a mantenerse en un mismo hogar. Tales consecuencias y obligaciones forman parte del fuero interno y del ámbito más íntimo de una persona. Desde el punto religioso ciertamente no se trata de cualquier convenio, y por los efectos que se derivan de esta unión, tampoco podría decirse que es igual que cualquier otro convenio. Sin embargo, la idealización de lo que debiera ser una institución social no puede reducir la condición de cualquier ser humano de verse forzado a mantenerse vinculado formalmente a otra persona durante tres años como



establece la norma en cuestión con los efectos gravosos que ello apareja a los cónyuges. La limitación además de ser necesaria debe ser válida e idónea. Requisitos que no se cumplen actualmente, pues cuando las parejas se encuentran frente a una decisión de divorcio es porque no se está frente a lo que es considerado verdaderamente un matrimonio, no satisface los fines señalados y el plazo legal estipulado como un impedimento para que se opte por el divorcio tampoco resulta idóneo, puesto que lo que subyace es únicamente una ficción jurídica, donde sólo los une un estado civil, no lo que supone el presupuesto de la norma, que se reconcilie la pareja y se mantenga el matrimonio. En la legislación anterior, se estipulaba un plazo de cinco años que posteriormente fue rebajado a 3 sin fundamento o estudio técnico alguno por parte de los legisladores que justificaran un plazo u otro. Se indicaba que la mera existencia de este plazo significaba un tiempo determinado que obligara a los cónyuges a buscar una solución a sus problemas y no culminarse con la desintegración del hogar, lo cual como ya se indicó es una ficción jurídica. Las partes cuando no están seguras se separan y no deciden el divorcio en el acto, y si eventualmente así lo acordaren y posteriormente se arrepienten no les está vedado el volver a contraer nupcias. Sin embargo, pretender que un matrimonio se mantenga forzosamente sí trae consecuencias más gravosas que las que pretende tutelar. En un plazo tan extenso de 3 años, en que las parejas se ven obligadas a convivir en un ambiente de hostilidad la violencia se puede generar con mayor facilidad, propiciando situaciones más graves en las que podrían incluso verse afectados menores nacidos en el mismo matrimonio o los que se hayan procreado con anterioridad, se propician relaciones de adulterio, nacimientos de hijos con los apellidos del cónyuge sin ser hijos de éste, discusión respecto de los bienes que se produzcan mientras subsistan los efectos civiles, entre otros. Incluso, en la eventualidad de que la mujer se encuentre en estado de embarazo, siendo el padre uno diferente al que presume la ley como hijo habido dentro del matrimonio, el menor no podría portar los apellidos de su padre biológico, si el esposo de ésta no impugna su paternidad, con lo que se le estaría vedando la posibilidad al menor de saber quienes son sus verdaderos padres y con ello violentando el interés superior del menor. La imposición de este plazo no resulta idónea, aunque los legisladores pretendan a través de leyes proteger la unión matrimonial estableciendo una prohibición para divorciarse durante los primeros tres años, cuando los cónyuges deciden por razones objetivas o subjetivas que no pueden o deben continuar conviviendo, éstos recurrirán a cualquier medio disponible para disolver el vínculo que los une, incluso a falsear procesos de divorcio con tal de lograr la disolución del vínculo. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio



de la colectividad. De conformidad con lo ya expuesto, en criterio de este Tribunal la medida cuestionada no resulta proporcionada a los efectos que pretende, pues son mayores los perjuicios que conlleva la obligatoriedad de mantener a dos personas conviviendo dentro del ámbito más privado de todo individuo en un mismo lugar y con las obligaciones y efectos de todo matrimonio contra su voluntad, que el fortalecer la institución matrimonial bajo criterios voluntaristas que propicien los fines de un verdadero matrimonio base esencial de nuestra sociedad. La intervención del Estado debe ser lo menos posible respecto a la vida privada de las personas, pues su esfera de acción más íntima debe ser dejada a su arbitrio, siempre y cuando no exceda los límites establecidos en el artículo 28 constitucional. Para que el Estado procure una sociedad esencialmente justa debe respetar que un ser autónomo tenga la capacidad de alterar sus preferencias y no que queden atadas y fijadas por una socialización determinada, sino más bien permitir un proceso que permita el desarrollo de las personas. El Estado debe ser neutral respecto a la socialización de sus miembros, pues debe asegurar la autonomía necesaria para alterar sus preferencias mediante la reflexión racional. La elección de nuestras preferencias como seres humanos, deben realizarse atendiendo solamente a las relaciones generales entre las prácticas sociales y los intereses humanos que pueden suponerse razonablemente, y las restricciones generales a las circunstancias establecidas por el horizonte de factibilidad, no por una irrazonabilidad impuesta. Si el matrimonio es un acto esencialmente voluntario, no podría concebirse el sobrellevarlo si la voluntariedad ya no existe. Y respecto a los efectos de terceros por los cuales se ha fundamentado la imposición de dicha limitación, esta tampoco resulta procedente. Se ha argumentado que el matrimonio afecta también a los hijos y que éstos terceros también tienen interés en que aquel subsista, no obstante las relaciones de padre a hijo

y viceversa no deberían alterarse con la disolución del matrimonio, ya que la disolución de la relación se circunscribe a los esposos en su esencia personal no como padres. También se ha indicado que el matrimonio interesa igualmente a la sociedad, lo cual puede ser muy válido pero como ya se indicó, lo que pueda considerarse realmente un matrimonio, donde hay una voluntad libre de convivir, para alcanzar los fines del matrimonio en forma conjunta. Cuando el delito, la infidelidad, vicios profundos e incurables, la aversión completa e invencible producto de causas graves y permanentes, vienen a romper la solidaridad del vínculo conyugal, abriendo un abismo entre los cónyuges que hace absolutamente intolerable la vida marital, irreconciliables a los ánimos, faltan en tal supuesto las condiciones constitutivas del matrimonio, haciendo imposible el cumplimiento de la función social y personal a que está llamado. No puede, pues sostenerse la subsistencia del matrimonio, por virtud de simple ficción, cuando ya en realidad no existe por faltar las condiciones propias de vida. Las parejas también tienen



derecho a resguardar la confidencialidad del caso cuando se produce alguna otra causal de divorcio y no quieren hacerla pública, lo cual hacen en algunos casos resguardando su intimidad mediante el divorcio por mutuo consentimiento. Ahora si lo que el legislador pretende es resguardar con la norma en cuestión otros efectos colaterales, como sería por ejemplo la condición de matrimonio para efectos migratorios, se trata de una situación que debe regular de otra manera que no resulte desproporcionadamente lesiva en los términos expuestos y para dichos efectos directamente.

V.- Conclusión. De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, el plazo dispuesto en el artículo 48 inciso 7 del Código de Familia para que se pueda optar por el divorcio bajo la causal de mutuo consentimiento, resulta violatorio de la autonomía de la voluntad de las personas, del principio de razonabilidad y proporcionalidad y del artículo 53 de la Constitución Política. Por conexidad, se debe declarar inconstitucional también el artículo 60 del Código de Familia, únicamente en cuanto dispone que la separación por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de dos años de verificado el matrimonio, bajo las mismas consideraciones expuestas. Lo anterior implica, que las personas que deseen optar por el divorcio por mutuo consentimiento o por la separación judicial, pueden hacerlo independientemente del tiempo que tengan de haber contraído matrimonio.”

Analizada la disposición con detenimiento, concluye la Sala que no se trata de un supuesto idéntico al abordado en el pronunciamiento #2008-16099. La separación judicial por espacio de un año, como motivo para decretar el divorcio es una causal diferente de la del consentimiento de ambos cónyuges para dar por finalizado el matrimonio, caso en el cual, de todas formas, ya la Sala removió el obstáculo del plazo en la sentencia citada. Habría que partir aquí del supuesto de la separación judicialmente decretada y el probable desacuerdo de los cónyuges sobre poner fin al vínculo o, al menos, la falta de interés de los dos esposos en requerir el divorcio.

IV.- Esa conclusión se extrae, al menos, del expediente del asunto base, que revisado en setiembre de 2009, constaba de 36 folios, sin que aparezca actuación alguna de la cónyuge ni se haya aportado ninguna manifestación suya sobre su aquiescencia al trámite. Se trata de una petición unilateral del actor. La Sala potenció el principio de autonomía de la voluntad frente a la armonía de voluntad entre los cónyuges y claramente diferenció la petición de divorcio voluntaria de la contenciosa. Incluso para efectos de la separación judicial suprimió el compás de espera previsto en el Código (artículo 60), pero también en los casos de mutua aquiescencia. No debe entenderse que la decisión #2008-16099 implica la abrogación de cualquier plazo relacionado con los procesos de separación y divorcio, sino que sienta las bases para suprimir, por inconstitucionales, las

restricciones irrazonables que se hagan pesar sobre los cónyuges que, libremente y concurriendo sus voluntades, desean disolver el lazo matrimonial.

V.- Importa recordar que la separación judicial puede decretarse por los motivos que autorizan el divorcio; el abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga del otro; la negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir los deberes de asistencia y alimentación para con el otro o los hijos comunes; las ofensas graves; la enajenación mental de uno de los cónyuges que se prolongue por más de un año u otra enfermedad o los trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común; el haber sido sentenciado cualquiera de los cónyuges a sufrir una pena de prisión durante tres o más años por delito que no sea político; el mutuo consentimiento de ambos cónyuges; y la separación de hecho de los cónyuges durante un año consecutivo, ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio (artículo 58 del Código de Familia). Habiéndose declarado judicialmente la separación, entraría a correr el plazo que aquí ocupa de un año, para poder solicitar el divorcio. En este sentido es razonable que medie un lapso entre la separación como presupuesto del divorcio no querido por uno de los cónyuges, máxime si se toma en consideración que se trata de un espacio temporal relativamente breve. Que en ese tiempo no se haya producido la reconciliación de los esposos es también una condición armónica con el propósito de la norma de solamente concretizar la disolución de un matrimonio ya debilitado.

VI.- Durante la separación judicial hay una flexibilización de la condición conyugal, pero no es equiparable a su extinción. Por ejemplo, el artículo 62 del Código de la materia precisa que la separación no disuelve el vínculo, y subsisten los deberes de fidelidad y mutuo auxilio. Asimismo, se dota a la reconciliación del efecto de poner término al juicio si no estuviere concluido y de dejar sin efecto la ejecutoria que declare la separación (artículo 63 *ibídem*). Por las razones dadas hasta aquí es que este órgano de jurisdicción constitucional no considera que se contravenga la Carta Fundamental ni los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos al regularse en el artículo 48 inciso 5) del Código de Familia la separación judicial no menor a un año como motivo para decretar el divorcio, siempre que no haya mediado reconciliación entre los cónyuges.

VII.- La disposición cuestionada contiene, sin embargo, condiciones adicionales que la alejan de la validación constitucional recién apuntada. Primero, se prevé la celebración de, al menos, dos comparecencias tendientes a la reconciliación de los cónyuges. El espíritu aparentemente voluntario de esos actos procesales resulta contrariado por las aseveraciones del último párrafo del inciso, según el cual “si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan” en vez de atenerse al plazo inicialmente fijado de un año, se ampliaría a dos años para poder



decretar el divorcio. Es decir, las comparecencias son conminatorias para los esposos, bajo pena de esperar un año adicional para poder demandar el divorcio. Y no solo eso: la norma podría interpretarse en el sentido que, pese a haberse celebrado las audiencias, “si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan”, podría dar lugar a la ampliación del plazo en condiciones de absoluta discrecionalidad para el juzgador. Hablar de audiencias de conciliación forzadas es paradójico. El juez de familia termina fungiendo como una especie de tutor de los cónyuges –pues se les equipara a incapaces de decidir sobre su vida en común–, confiriéndosele el poder de obligarlos a mantenerse vinculados, pese a que alguno de ellos esté en desacuerdo con la medida. Se crea aquí el vínculo artificial y contrario al principio de libertad tachado de inconstitucional en la sentencia #2008-16099, resultando la disposición violatoria del Derecho de la Constitución.

VIII.- Adicionalmente, el hecho que el juez pueda pedir informes a los efectos de las comparecencias de reconciliación, resulta altamente ambiguo. No se dice a quién solicita el informe ni sobre cuáles hechos o comportamientos. Pero es bastante plausible la caracterización que hace el actor de ese informe como uno sobre el estado de la relación entre los esposos. Así que, amén de innecesaria, la potestad jurisdiccional de solicitar informes ofrece un alto riesgo de intromisión en la vida privada de las personas separadas, cuya protección constitucional ha reiterado la Sala:

“el derecho a la vida privada se puede definir como la esfera en la cual nadie puede inmiscuirse. La libertad de la vida privada es el reconocimiento de una zona de actividad que es propia de cada uno y el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de la persona” (sentencia #6776-94 de las 14:57 hrs. del 22 de noviembre de 1994)

“Se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también puede ser que lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados, esté en ese ámbito. De esta manera los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad, que es un derecho esencial de todo individuo...” (sentencia #1026-94 de las 10:54 horas del 18 de febrero de 1994. En el mismo sentido la decisión #12402, de las 15:00 horas del 3 de noviembre del 2004)

La relación entre los cónyuges es uno de los principales valladares de la intimidad



de las personas. La mirada del Estado-juez en su seno, sin ningún propósito concreto de utilidad para los interesados y sin regulación legal suficiente, es claramente inconstitucional. La acción, por ende, debe también concederse en lo que corresponde a este extremo.”

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 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 5269-2011, de las quince horas con catorce minutos del veintisiete de abril de dos mil once.
- 2 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 3083-2011, de las ocho horas con treinta y dos minutos del ocho de marzo de dos mil once.
- 3 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 1354-2011, de las quince horas con cincuenta y seis minutos del dos de febrero de dos mil once.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 15785-2010, de las nueve horas con doce minutos del veinticuatro de setiembre de dos mil diez.
- 5 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 7113-2009, de las seis horas con treinta minutos del treinta de abril de dos mil nueve.
- 6 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 446-2007, de las catorce horas con cuarenta minutos del diecisiete de enero de dos mil siete.
- 7 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 6304-2003, de las diez horas con treinta y ún minutos del tres de julio de dos mil tres.
- 8 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 2695-2011, de las quince horas con dos minutos del dos de marzo de dos mil once.
- 9 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 9965-2010, de las quince horas con treinta y siete minutos del nueve de junio de dos mil diez.
- 10 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 16099-2008, de las ocho hora con treinta y cuatro minutos del veintinueve de octubre de dos mil ocho.
- 11 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 3951-2010, de las catorce horas con cuarenta y nueve minutos del veinticuatro de febrero de dos mil diez.