



Jurisprudencia sobre Emancipación de Menores de Edad

Índice de contenido

Resumen.....	1
Emancipación y Autoridad Parental.....	1
Emancipación y Pensión Alimentaria.....	4
Emancipación e Inexistencia del Matrimonio.....	5
Emancipación y Adopción.....	6
Obligatoriedad de Presentar la TIM a la Hora de Contraer Matrimonio.....	13

Resumen

La presente recopilación de jurisprudencia busca indicar algunas notas sobre el instituto de la emancipación de los menores de edad. Al respecto se extraen sentencias de la Sala Constitucional, Tribunal de Familia y el Tribunal de Notariado, en la cual se exponen asuntos de diversa naturaleza, como lo son la relación de la emancipación con otras figuras del derecho de familia entre las que se encuentran la Autoridad Parental, la Pensión Alimentaria, el Matrimonio que le da vigencia y la Adopción. Además expone los requisitos necesario para que se de el Matrimonio Civil de un persona menor de edad.

Emancipación y Autoridad Parental.

“**III** Tratándose de que lo que se discute en la especie está referido a algunos atributos contenidos en la patria potestad, como son la guarda, crianza y educación, est e Tribunal considera conveniente mencionar como se ha conceptualizado este l nstituto a nivel doctrinal, también legal y los presupuestos requeridos para que opere la pérdida o suspensión , o bien que se otorgue a uno u otro progenitor asumir la custodia del hijo/ja, menor de edad . La patria potestad es un concepto jurídico que remite a la relación paterno- materno- filial, la cual tiene por núcleo el deber del padre y/o la madre de criar y educar a sus hijos/as. La potestad sobre los/as hijos/as era, en el Derecho Romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los/as hijos/as. Se define como “...la institución protectora del menor por excelencia, fundada en una relación de filiación, cualquiera que se a su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Actualmente más que un poder es una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida por ambos progenitores conjuntamente y cuyo contenido está formado por más deberes que por derechos.” (Lazarte Alvarez, Carlos y otras. (2001). **Curso Sobre la Protección Jurídica del Menor**. Editorial Colex, Madrid). La patria potestad corresponde por igual al progenitor y la progenitora, lo cual implica que, viviendo juntos, las decisiones concernientes a los/as hijos/as no emancipados/as habrán de ser adoptadas de común acuerdo. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al/la juez/a, quien atribuirá a uno la facultad de decidir. Si se mantienen los



desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos las funciones. Si el padre o la madre se encuentran separados, se ejercerá por aquél que conviva con el/la hijo/a, con la participación del otro que fije el/la juez/a. La patria potestad la reciben el padre y la madre en el momento de nacer el/la hijo/a; si éste/a es extramatrimonial, en cuanto lo/a reconocen. Se pierde la potestad sobre el/la menor entre otras causas, por incumplir los deberes inherentes a ella. Se extingue por alcanzar el/la hijo/a la mayoría de edad, la emancipación o la muerte. El jurista Eduardo Zannoni señala que la patria potestad “implica un conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.” (Zannoni, 1981, 681.) En la época contemporánea, el carácter que ostenta la patria potestad en las legislaciones, radica en que el padre o la madre cuentan con igualdad de derechos y deberes. La patria potestad dejó de ser un poder del padre sobre los/as hijos/as, para convertirse en un derecho y un deber sobre ellos/as. El jurista costarricense Diego Benavides, en sus comentarios al Código de Familia, refiriéndose a la patria potestad sostiene: “La patria potestad es un conjunto de derecho y deberes (potestades, poderes-deberes) que los padres tienen con respecto a la persona y a los bienes de sus hijos menores de edad. Comprende básicamente tres contenidos: **a) Contenido personal:** abarca el poder deber de guardar al menor, velar por su integridad física y psíquica (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para la vida (educación). **b) Patrimonial:** la autoridad parental comprende también la potestad de administración de los bienes del hijo menor de edad. **c) Representación:** dado que el menor en principio, no tiene capacidad de actuar, requiere ser representado, y la ley asigna normalmente esa representación a los padres. Si existe un opuesto interés debe nombrarse un curador especial al hijo (art. 140 in fine), lo que debe hacerse cuando existe incapacidad (art. 162). No obstante en algunos casos existe capacidad limitada de los menores (arts. 86 y 108 incoo C.Niñez).” (Benavides, 2001: 237,238). El tratadista Eduardo A. Zannoni, por su parte refiriéndose a este Instituto, dice lo siguiente: “La asistencia, protección representación jurídica de los hijos menores por su padres determina la adscripción de aquellos al núcleo familiar e implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece: primordialmente, la formación integral de los hijos”. (Zannoni, 1981: 641) y continúa diciendo lo siguiente: “La patria potestad, dijimos, contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. Es decir, no se trata de relaciones cuyo objeto presupone la igualdad jurídica de sus sujetos; por el contrario, los fines que satisfacen, implican que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, un poder”, “...En otras palabras el poder paterno o materno en cuanto a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos deben-están obligados-a ejercerlo; y es más están obligados a ejercerlo personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a terceros...” (Zannoni, 1981: 645). La protección a la persona menor de edad fue ampliada por la Convención sobre los Derechos del Niño, que entre sus disposiciones establece lo siguiente: “artículo 6...2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida de lo posible la supervivencia y el desarrollo del niño...”, artículo 9:1. 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 de que un 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 conclusión, la guarda y custodia de los/as hijos/as menores constituye uno de los deberes y facultades del padre y de la madre en la esfera personal que lleva implícito el instituto de la patria potestad. En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 140 del Código de Familia hablando de la autoridad parental dispone: “Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus



bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial”. Se infiere de la norma que corresponde al padre y a la madre, en su condición de cotitulares de la autoridad parental, el deber y facultad exigible de velar por los/as hijos/as y protegerlos/as. Ese deber y facultad de protegerlos/as se encuentra indisolublemente unido a la guarda y custodia de los/as hijos/as, constituyendo presupuesto de la misma. En relación con las distintas situaciones que conllevan la suspensión y modificación de la patria potestad el artículo 159 del Código de Familia dispone: “La patria potestad puede suspenderse, modificarse, a juicio del Tribunal y atendiendo al interés de los menores de edad, además de los casos previstos en el artículo 139, por: 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 u órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores, que los padres dieren a sus hijos; 3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el dedicarlos a 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.” En el caso que nos ocupa, la jueza a quo declara sin lugar la presente demanda de modificación de guarda, crianza y educación que plantea el señor O. contra I. Decisión que toma después de analizar en forma exhaustiva el caso, valorando en forma integral toda la prueba que se evacuó, prueba con la que se determinó que doña I. no es la madre abandonada ni descuidada que don O. indicó. En efecto, del estudio del expediente no se desprende prueba contundente, que permita dar crédito al dicho del actor, en el sentido de que la aquí demandada, I., madre de la niña H. y del niño R., de apellidos T.R., concebidos por ellos dos, haya incurrido en conductas abandonadas, en el cuidado, salud, alimentos y educación, de los menores en cuestión. Ciertamente, la prueba que se evacuó, así la documental, testimonial como pericial, lo que arroja es la existencia de una problemática de pareja, donde imperó conductas de violencia doméstica, tanto emocional, física como patrimonial. Violencia doméstica que sufrió doña I. viviendo con el actor. De los peritajes psicosociales forenses, los que corren de folio 121 a 138, también el de folio 157 a 177 y que es prueba clave en el expediente, se identifican una serie de aspectos que permiten tener el cuadro fáctico de la situación. Incluso, el último peritaje recopila informes de otro estudio psicosocial que se efectuó a las partes, dentro de un proceso de violencia doméstica que se ventiló en el Juzgado de Violencia Doméstica del Primer Circuito Judicial de Alajuela, donde doña I. figuró como víctima y don O. como presunto agresor. El peritaje de marras arroja un perfil de conducta tanto en las partes, así como en la niña y el niño, cuya custodia pretende el actor. En el caso de don O., dentro de ese proceso de violencia doméstica se dijo que éste insistía en la reconciliación, impresionando dificultades en el mismo para aceptar la ruptura de pareja que entre él y doña I. se dio. Ese proceso de violencia doméstica se tramitó en el año dos mil siete, y en julio de ese mismo año fue que don O. presentó este proceso abreviado de guarda, crianza y educación. Lo anterior permite inferir que el proceso se inicia, en un momento donde don O. no había logrado superar el duelo de una separación y donde los menores de edad eran también protagonistas, no solo por ser espectadores de los cuadros de violencia que se daban entre sus progenitores sino porque a la postre quedaban afectados en un conflicto de lealtad, sentimiento éste último que las profesionales detectaron con el estudio que realizaron. En esta conflictiva familiar, el actor reclama la custodia de los menores de edad, imputándole a la madre abandono y afirmando que el propio R. lo llama diciéndole que con él quiere estar. Pero qué sucede, que este otro conflicto el cual gira en torno a quien asume en mejores condiciones la guarda, crianza y educación, es sólo un hilo conductor dentro de la misma problemática que caracteriza la relación, entre la demandada y el actor. Este último, de lo que el Tribunal infiere, manipula toda la situación, pues ninguna otra conclusión se tiene, cuando no consta en autos que

doña I. sea la madre descuidada que don O. refiere. Ninguno de los estudios psicosociales que se efectuaron concluyen que doña I. se perfile con características abandonónicas, negligentes ni siquiera de desamor hacia su hija y su hijo, por el contrario, en la investigación la señora I. refiere que para ella esto es una estrategia más del actor, alejarla de los menores de edad, para causarle con ello dolor. En tales circunstancias el Tribunal considera, que este proceso se origina como un lapsus de la misma violencia doméstica que doña I. sufrió al lado del actor. Máxime cuando se enlazan otros elementos, así por ejemplo el hecho de que a don O. le causó molestia enterarse que doña I. una vez separada de él estableció una nueva relación. Dentro de esta problemática familiar, se ha establecido que el niño R. ha sido el más afectado no solo por la separación de sus padres sino porque continúa bajo el dominio del actor, así desprende cuando se informa que prácticamente fue imposible entrevistarle, ya que éste se negó a responder cuando las profesionales que asumieron el caso intentaron interrogarlo para conocer su opinión y deseos con respecto a este proceso que su padre planteó. Se informa que el niño asumió una actitud evasiva, sin mayor explicación. De hecho no sorprende que el niño R., siendo el de mayor edad, presente problemas de comportamiento a nivel conductual, así como inestabilidad a nivel escolar. Es claro que el niño se encuentra afectado a nivel emocional, y no porque su madre lo descuide sino por los problemas no resueltos de sus progenitores, aunándose para agravar más la situación la peculiar relación que don O. mantiene con su exesposa y una nueva compañera, con la que el niño no ha podido simpatizar. Esta otra situación, sin lugar a dudas, no puede ser sana para el menor de edad, por más que su padre alegue que a su lado el niño goza de estabilidad emocional. Del cuadro fáctico que se tiene también se deriva que la actitud de don O., planteando este proceso, probablemente lleve implícito el ánimo de molestar a doña I., no se encuentra otra explicación, cuando se comprueba en los autos que en sus argumentos de modo alguno lleva razón para solicitar que se le otorgue a él la custodia de la niña y el niño. De hecho dentro de sus características de personalidad se indica encontrarse la racionalidad, las actitudes de dominio en las relaciones interpersonales y la posibilidad de que se manifiesten sentimientos de superioridad. Su habilidad en el manejo de las situaciones, favorecieron que al inicio del proceso se accediera a su gestión, para que se le otorgara provisionalmente la custodia de los menores de edad, pero ahora que el panorama se aclara, el Tribunal coincide con la a-quo cuando concluye que lo más conveniente, para el interés de las personas menores de edad, es que vivan al lado de su madre. Doña I. debe empoderarse para que oriente un nuevo estilo de vida, libre de violencia. La misma conciencia debe tomar el actor, ya que su actitud solo ha provocado sentimientos encontrados, especialmente en su hijo R., el cual está siendo el más afectado conforme se determinó. Lo propio es que R. y su hermana, crezcan de la forma más sana, y la persona que reúne en este momento condiciones adecuadas para lograr ese cometido, es doña I. Así las cosas, el Tribunal dispone denegar la prueba para mejor proveer que ofrece el actor, a nada conduce entrevistar a los menores de edad, éstos ya tuvieron su participación en el proceso, consecuentemente se confirma la sentencia apelada.”¹

Emancipación y Pensión Alimentaria

En el caso bajo estudio, se desprende del elenco de hechos probados que el amparado figura como demandado en el proceso de pensión alimentaria que se tramitó en el Juzgado Contravencional de Puntarenas, bajo el expediente número 098-700148-0433-PA, dentro del cual se dictó la sentencia de las ocho horas treinta minutos del diecisiete de setiembre del mil novecientos noventa y ocho, en la que se le impuso la obligación alimentaria de veinte mil colones mensuales, monto que a la fecha se ha incrementado por los reajustes automáticos que se realizan y actualmente está fijada en la suma de cuarenta y cuatro mil doscientos sesenta y siete colones cincuenta céntimos. En fecha veintisiete de mayo del dos mil diez, el demandado planteó incidente



de exoneración de pago de pensión alimentaria, argumentando que la menor beneficiada dejó sus estudios y se había emancipado con una persona mayor con la que procreó un hijo. No obstante, a partir del 01-06-2010 dejó de pagar dicha obligación alimentaria, sin haberse declarado en sentencia dicha exoneración. Por el contrario mediante resolución de las trece horas cuarenta minutos del cuatro de agosto del dos mil diez se le previno presentar documento idóneo que certifique el estado civil de la beneficiada, sin que a la fecha haya cumplido con dicho proveído. En razón de lo anterior y por figurar el ofendido como moroso en el pago de su obligación alimentaria y en virtud de, haberlo solicitado expresamente la actora del proceso se emitió orden de apremio corporal en su contra y a raíz de no ser ubicado en la dirección señalado para tal fin, se dictó la resolución de las dieciséis horas veinte minutos del veintidós de diciembre del dos mil diez que ordenó allanamiento en su casa de habitación, toda vez que de conformidad a lo indicado por el Encargado de Notificaciones y Capturas de la Policía de Proximidad de Puntarenas el recurrente se esconde cuando se pretende hacer efectiva la orden de apremio corporal. Lo anterior lleva a esta Sala a concluir que el Juzgado recurrido no actuó ilegítimamente al ordenar el apremio corporal y la orden de allanamiento del señor Araya Quirós, pues lo hizo basado en la petición de la actora, luego de determinar la falta de pago, y de responsabilidad del accionante y por no haber sido hallado en la dirección indicada. Así las cosas, cabe aclarar que la presentación de un incidente de exoneración de pago no suspende la deuda alimentaria declarada en sentencia en contra del obligado alimentario; toda vez que pese a que el proceso se planteó no se sabe si el mismo será declarado con lugar, sino hasta el momento mismo en que se dictó sentencia.²

Emancipación e Inexistencia del Matrimonio

V DE LA INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO: Dentro del contexto del consentimiento, es necesario hacer referencia a un instituto de interés que acrecenta el estudio de una patología del matrimonio en forma inicial, como lo es la llamada Teoría de la Inexistencia del Matrimonio, la cual fue propuesta por Zachariae Von Lingental quién señaló que debía distinguirse entre la falta de condiciones esenciales del matrimonio (consentimiento de la partes, capacidad civil y capacidad física) y la falta de condiciones esenciales de la validez del acto (requisitos de validez como libertad de estado, etc); que a falta de alguna de las primeras no habría matrimonio y no es necesario siquiera la acción para decretarlo así, en tanto a falta de las segunda lo que existía era un vicio que debía ser alegado para la nulidad del matrimonio. De acuerdo a ello no existe el matrimonio cuando se da una ausencia de consentimiento por no haber sido expresado o por estado de demencia; la muerte civil que priva la capacidad civil y que algunos la han incluido en la expresión solemne en el acto o cuando la voluntad no fue expresada de ningún modo, como puede ser la falsificación de una firma en el documento de matrimonio para hacer aparecer a la persona como casada sin que supiera absolutamente nada del asunto. Esta teoría tuvo un desarrollo importante en la doctrina francesa a partir del artículo 146 del Código de Napoleón y la mayor parte de la doctrina argentina se ha inclinado por la inexistencia del matrimonio, pero quienes la rechazan aducen que existe una especialidad de régimen de nulidades dentro del sistema, por lo que se estaría reconociendo supuestos de nulidad no expresamente contemplados en la ley. Quienes la apoyan en la doctrina argentina dicen que al estar presente un artículo que dice expresamente que "es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo" (Artículo 172 del Código Civil de ese país) da la luz para considerar que existen situaciones de inexistencia, sea identidad física (mujer y hombre), identidad civil (expresado personalmente), ausencia de consentimiento (pleno y libre consentimiento ante el funcionario competente) y, mas aún, el hecho de que el apartado siguiente establece que el acto ocurrido contra ese precepto no tiene efectos civiles aunque haya existido buena fe.



Evidente es la diferencia entre matrimonios nulos o anulables y los inexistentes, ya que los primeros producen efectos hasta su declaratoria en tanto los segundos nunca los producen. Por ejemplo se dan las siguientes diferencias: a) El matrimonio inexistente no produce efectos jurídicos en tanto el nulo los produjo hasta su decreto. b) La nulidad requiere una sentencia judicial en tanto la inexistencia no la requiere porque nunca existió, ya que si se plantea únicamente se verifica y se expresa su inexistencia. c) El acto inexistente no es saneable ni convalidado, lo que si ocurre con las nulidades (las relativas), d) La inexistencia solo se alega como excepción (aunque podría hacerse por acción) en tanto la nulidad se puede plantear tanto como acción como por excepción. e) La inexistencia aprovecha a toda persona sin distinción en cambio la nulidad produce efectos con relación a la parte en cuyo favor se decretó, y entonces surge la idea de que considerada una inexistencia del matrimonio pueden surgir algunas de estas consecuencias: a) No existe emancipación del menor que se casó en estas condiciones. b) No existirá matrimonio putativo. c) No hay delito de bigamia. d) No existe plazo de viudez. e) No hay necesidad de demanda de divorcio. f) No existe herencia entre contrayentes. g) No existe infidelidad. y la discusión que interesa acerca de si los hijos podrían tener la calidad de matrimoniales o no, semejante a lo relativo a la nulidad de matrimonio, pero que en este caso al decirse que se dio una inexistencia del matrimonio, no existió nunca y los hijos no pueden tener ese carácter, pero eso con independencia de la verdad biológica que debe pronunciarse en otra vía. En Costa Rica existe un artículo (13 del Código de Familia) que estipula que para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse legal y expreso y podría tratarse de una apertura a la teoría de la inexistencia del matrimonio por cuanto habla de que no podría considerarse existente (diferente a nulidad) el matrimonio de quien no dio su manifestación de voluntad en forma legal (ante funcionario competente por ejemplo y como lo estipula la legislación) y expreso (sea para el acto determinado).³

Emancipación y Adopción

"III. El origen de la adopción es muy antiguo, se puede ubicar en la historia sobre Moisés y Ester en la Biblia. Nos podemos remontar al derecho romano. En este derecho se distinguieron dos clases de adopción, dependiendo de si la persona adoptada era *sui iuris* o *alieni iuris*. Cuando la adopción era referida a los *sui iuris*, que producía el efecto de la absorción de un patrimonio por otro, se denominaba adrogación. Por medio de ella se permitía que un paterfamilias adquiriera el derecho de ejercer la patria potestad sobre otro paterfamilias. Por ser éste un acto muy trascendental y de suma importancia -puesto que acarrearía la desaparición de una familia con todas las consecuencias que esto implica- era necesario someterlo a varias consideraciones, tanto desde el punto de vista religioso como del social y político. Desde la perspectiva religiosa, se debía notificar la decisión de la futura adrogación a los pontífices, para que éstos la aprobasen, ya que la consecuencia inmediata que les afectaría, sería la desaparición de un culto familiar determinado. Por otro lado, era necesario informar del caso a los comicios por curias a efecto de que en ellos se votase a favor o en contra de la adrogación, para lo cual el magistrado que presidía el comicio dirigía tres rogaciones al futuro adrogado a fin de que recapacitase sobre el hecho, si éste insistía, se procedía a votar. Si la votación era afirmativa, el adrogado renunciaba solemnemente a su culto privado, acto que se conoce con el nombre de *detestatio sacrorum* y aceptaba el perteneciente a su nuevo pater. A partir del siglo III, en la época del emperador Diocleciano, se suprimieron todas estas solemnidades y fue suficiente con una autorización del emperador para poder llevar a cabo la adrogación. Una vez cumplidos los requisitos del caso, el adrogado quedaba bajo la autoridad paterna del adrogante, al igual que las personas que estuvieron sometidas a dicha autoridad, disponiendo el adrogante desde ese momento de los bienes del adrogado. En los primeros siglos de Roma, estuvo absolutamente prohibida la adrogación del *sui iuris impuber*, ya que se consideró



que éste no tenía la suficiente madurez para realizar un acto de esta naturaleza y lógicamente era algo que el tutor no podía decidir por él. A partir del emperador Antonio el Píadoso si fue posible el llevar a cabo este tipo de adrogaciones pero con características especiales, esto es, si al momento de llegar a la pubertad el adrogado decidía que el acto de la adrogación celebrada no era conveniente a sus intereses, podía dirigirse al magistrado para cancelarla y recobrar su calidad de sui iuris. Lógicamente recuperaba la administración y disponibilidad de sus bienes. La adopción propiamente se reservaba para los alieni iuris, y se caracterizaba por la creación de una patria potestas. La adopción era el procedimiento mediante el cual el paterfamilias adquiere la patria potestad sobre el filiusfamilias de otro pater, el cual tenía que dar su consentimiento para que este acto se llevara a cabo. Era un acto de menor repercusión que la adrogación, motivo por el cual no intervenían los pontífices ni los comicios por curias, aunque no dejaba de entrañar riesgos para el adoptado, sobre todo en materia sucesoria. Originalmente, la adopción se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona que se daba en adopción, ya que debe de tenerse presente, que el paterfamilias que vendía tres veces a su hijo perdía la patria potestad sobre él, regla establecida desde la Ley de las XII Tablas. Una vez realizadas estas ventas ficticias, el adoptante reclamaba ante el pretor el derecho de ejercer la patria potestad sobre aquella persona que iba a adoptar. En este procedimiento que implica en sí un simulacro de emancipación, el paterfamilias que cedía la patria potestad figuraba como demandado. Bajo Justiniano se simplificó todo este procedimiento ficticio de venta y fue suficiente con una simple manifestación de voluntad de los dos paterfamilias, expresada ante un magistrado. La Adopción entrañaba riesgos para el adoptado, puesto que desde el momento en que desaparecía la relación agnática con su familia, perdía todos los derechos a la sucesión cuando el paterfamilias muriese, y si tenemos en cuenta que el padre adoptivo lo podía emancipar, perdía también los derechos sucesorios que se habían establecido como consecuencia de la adopción. En la época de Justiniano se reformó la ley y se presentan dos situaciones diferentes para que el adoptado no quede desprotegido: por un lado, en aquellos casos en que el adoptante es extraño a la familia, el adoptado adquiere derechos a la sucesión pero no pierde sus derechos a la sucesión de su anterior familia, en caso de que existiese una emancipación. Por otra parte, si el adoptante es un ascendiente, los peligros son menores, pues aun existiendo una emancipación, subsiste el lazo de consanguinidad, lazo que se tendrá en cuenta en el momento de abrirse la sucesión. En un principio no era necesario el consentimiento del adoptado para llevar a cabo la adopción, pero también con Justiniano cambió esta situación, y si bien no era necesario su consentimiento expreso, cuando menos era menester que estuviese de acuerdo. La legislación justiniana señala que el adoptante debía tener cuando menos dieciocho años más que el adoptado. (Las mujeres bajo ninguna circunstancia podían adoptar, pero en la época del emperador Diocleciano y como casos excepcionales, se permitió realizar adopción única y exclusivamente para fines sucesorios). Durante las edades media y moderna la adopción fue perdiendo prestigio e interés y la institución sólo fue mantenida en la legislación española, en la cual fue regulada en el Fuero Real y Las Partidas, que la denominaban "prohijamiento". En el Código Napoleón se organizó la adopción para mayores de edad, y de ese modo se reguló en Europa en el Siglo XIX. Se trataba entonces de un contrato a través del cual se unían familias de viejo abolengo y pérdida fortuna con familias plebeyas de reciente riqueza. No se constituía en un medio de protección a la niñez.

IV EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN EN COSTA RICA. a) 1841. En Costa Rica, la primera regulación conocida se da en el Código General de 1841, conocido como Código de Carrillo. Para ese tiempo de acuerdo a las concepciones de la época era considerada un contrato revestido de sanción de la autoridad judicial que establecía entre las personas relaciones de paternidad y filiación puramente civiles. Se dan dos tipos: la privilegiada y la común. La adopción privilegiada se podía presentar cuando concurrían circunstancias muy especiales que permitían adoptar sin observar las exigencias comunes de la adopción. Estas circunstancias especiales se



daban por ejemplo cuando un individuo quería adoptar a quien le había salvado la vida en un combate, en un incendio o en un naufragio. Respecto a la adopción común responde a la idea de que sirve como consuelo a los que no tienen hijos. De esta manera se exige que el adoptante no tenga hijos ni descendientes legítimos. Por otro lado el adoptante debía tener más de cincuenta años, en el entendido de que era una edad en la que ya se había superado la edad normal para tener descendencia. La persona que adoptaba debía ser mayor en la que se propone adoptar quince años, además de que el adoptante debe haber dado socorro y prodigado cuidados no interrumpidos al menos seis meses durante la minoridad. Para ser adoptado la persona tenía que ser mayor de edad, es decir superar los veintiún años, aunque se daba la posibilidad de la adopción del mayor de catorce años, si se contaba con el consentimiento de los padres biológicos. Nada obstaba para que un cónyuge adoptara sin que el otro adoptara siempre y cuando mediara el consentimiento de este otro. La adopción se daba en instrumento público. En cuanto a los efectos, el adoptado permanecía en su familia natural. Solo se creaban derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado. La adopción no producía los mismos efectos del nacimiento sino los siguientes: El adoptado tomaba el apellido del adoptante y lo añadía al suyo. La obligación alimentaria recíproca nacía. El adoptado sucedía al adoptante solo en defecto de herederos legítimos.

V. b) 1888-1934: En Código Civil de 1888, no reguló la adopción, por lo cual esta etapa de la historia se dio sin adopción, hasta 1934.

VI. c) LEY DE ADOPCIÓN DE 1934: Por Ley número 140 del primero de agosto de 1934, se regula nuevamente el instituto con las siguientes características: -Puede adoptar la persona mayor de cuarenta años que no tuviese hijo legítimos ni naturales. Debía darse una diferencia de edad entre adoptante y adoptado de quince años. Se exigía el consentimiento del adoptado o sus representantes y de la esposa del adoptante. En lo que se refiere a los derechos sucesorios el adoptado se equiparaba al hijo natural reconocido en el caso de la sucesión legítima.

VII. d) REFORMA DE 1953: Los principales cambios que introduce la Ley número 1563 del 19 de mayo de 1953, son que rebaja la edad para adoptar a treinta años y cambio el uso del apellido.

VIII. e) REFORMA DE 1960: Mediante Ley número 2522 del 17 de febrero de 1960, nuevamente se rebaja la edad mínima para el adoptante, esta vez de treinta a veinticinco años. Además establece la necesidad de autorización del Patronato Nacional de la Infancia, con lo que se comienza a superar la concepción contractualista y privatista de la adopción.

IX. f) CÓDIGO DE FAMILIA DE 1973: La Ley número 5476 del 21 de diciembre de 1973, en los artículos 100 a 126 reguló la adopción. Tenía como gran innovación que se introducía un tipo de adopción con la denominación de adopción plena, con las características de desvinculación total y absoluta de la familia consanguínea y la creación de los mismos vínculos jurídicos que ligan a los padres con los hijos, entrando el adoptado a formar parte de la familia consanguínea del adoptante para todo efecto. Además esa adopción resultaba irrevocable, inimpugnable e imposible de terminar por acuerdo de partes. La adopción que se basaba en la Ley de Adopciones se denominó adopción simple. Se mantuvo en la versión original del Código de Familia el otorgamiento de una escritura pública, precedente a una autorización judicial.

X. g) REFORMA DE 1976. La ley número 5895 del 23 de marzo de 1976, se constituyó en la primera modificación al Código de Familia desde su promulgación. Fueron dos los artículos reformados. Uno meramente conceptual en el otrora artículo 101, denominado a la aceptación del cónyuge asentimiento y no consentimiento. El otro cambio se dio en el artículo 111, que regulaba los apellidos. Se introdujo un párrafo especial para la adopción del hijo del cónyuge.

XI. h) REFORMA DE 1977: Un año después de la reforma de 1976, se promulgó la ley Número



6045 del 14 de marzo de 1977. Se modificaron los artículos 101 nuevamente, del 104 al 108 y otra vez se cambió el 111. En el artículo 101 se introdujo una solución para suplir el asentimiento del cónyuge, que consistía en la publicación de un edicto. También se abrió la posibilidad excepcional de que pudieran adoptar personas mayores a sesenta años. En el cambio de los artículos 104 a 108 se elimina la escritura pública y el procedimiento se volvió judicial desde la solicitud hasta la aprobación en firme. En el artículo 111 se cambia, para que en la modificación del nombre de pila se haga también dentro de la autorización judicial y no como decía antes "en la misma escritura".

XII. i) REFORMA DE 1985: La ley 7018 del 20 de diciembre de 1985 adicionó un párrafo al artículo 100 del Código de Familia. Se trataba de un requisito de estudios psicosociales de los adoptantes con el refrendo del Patronato Nacional de la Infancia. La Ley 7018 era la Ley del Presupuesto ordinario y extraordinario y por razones formales, por Voto número 100-91 de las 16 horas del 15 de enero de 1991, la Sala Constitucional anuló esta reforma.

XIII. j) RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1990: En los artículos 20 y 21 de dicho instrumento internacional que fue ratificado por Ley número 7184 del 12 de julio de 1990, se regula lo relativo a la adopción. Pone como norte de las adopciones el Interés Superior de la persona menor de edad y que la adopción en otro país puede ser considerada en el caso que no pueda ser guardado, adoptado o atendido en el país de origen.

XIV. k) EL VOTO NUMERO 2014-93 DE LA SALA CONSTITUCIONAL: Ese Voto tuvo la relevancia de crear una revolución en lo que se había acostumbrado en la materia, para los casos que se basaban en Declaraciones de Abandono. Antes dichas declaratorias se hacían en la vía administrativa por parte del Patronato Nacional de la Infancia. En el Voto de un Recurso de Amparo por ésta práctica, la Sala Constitucional exigió que las declaratorias de Abandono, se debían de hacer en vía judicial.

XV. l) LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL. 1995: Mediante Ley número 7517 del 22 de junio de 1995, publicada en la Gaceta del 17 de julio de 1995, se ratificó o aprobó el Convenio Relativo a la Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, denominado Convenio de La Haya.

XVI. ll) LA REFORMA DE 1995: Por ley número 7538 del 22 de agosto de 1995, se modificó sustancialmente la regulación de la Adopción y de la Declaratoria de Abandono. Los aspectos más relevantes son los siguientes: 1) Se establecen procedimientos judiciales especiales para la Declaratoria de Abandono (artículos 115 a 124 y para la Adopción 125 a 139). 2) Se elimina la Adopción Simple quedando todas la Adopciones con las características de la Adopciones Plenas, terminología que desaparece en ambos casos. 3) Se define en el artículo 160 del Código de Familia lo que es el Estado de Abandono. Se conceptualiza que la Declaratoria de Abandono con fines de Adopción implica la pérdida de la Patria Potestad. 4) Se establecen algunas regulaciones sobre la Adopción Internacional (112, 128 inciso i) y 130 párrafo final). 5) Se redefine la Adopción de personas mayores de edad, para aquellos casos en que se haya dado de hecho una relación familiar en la minoridad.

XVII. m) EL CÓDIGO NOTARIAL DE 1998: Esta Ley número 7764 del 17 de abril de 1998, en el artículo 129 se dispone la alternativa notarial para las adopciones en que no esté de por medio el Interés de personas menores de edad o que carezcan de capacidad.

XVIII. n) VOTO NUMERO 2001-07521 DE LA SALA CONSTITUCIONAL: En este Voto la Sala Constitucional interpretó que la Adopción Conjunta es aplicable a los convivientes en unión libre que cuenten con los requisitos del artículo 242 del Código de Familia. Otros Votos del más alto Tribunal Constitucional que han tocado el tema de la Adopción y la Unión de Hecho, son 2000-

02786 y 2001-04871, y sobre la Adopción en sí tenemos los: 1997-2052 que desarrolla con acierto principios de la Adopción Internacional y de la reforma de 1995, 1999-02683 relacionado sobre el consentimiento de los padres, 2001-06595 referente a la actuación del Patronato Nacional de la Infancia en caso de casas de Adopción, 2001-12994 y 2002-00478, en lo tocante a las edades mínimas y máxima para los adoptantes. También es de resaltar en la Jurisprudencia anterior, el Voto número 2000-00550 de las 10:10 horas del 24 de mayo del 2000 de la Sala Segunda, sobre un supuesto excepcional previsto en el párrafo final del artículo 103 que se relacionada con los apellidos para cuando un adoptante muere antes de aprobarse la adopción.

XIX. ñ) REFORMA DEL 2002: Por Ley número 8297 del 19 de agosto del 2002 se reformaron los artículos 109 inciso c) y 111 del Código de Familia. El 109 fue adicionado con dos párrafos en el cual se regula la Declaratoria de Adoptabilidad en Adopciones Internacionales. También enfatiza el carácter subsidiario de la Adopción Internacional. Respecto a dicha reforma la Corte Suprema de Justicia había dado una opinión contraria mediante oficio 41-S-P 2001 del 20 de febrero del 2001, informe redactado por el entonces Magistrado Alvaro Fernández Silva. En virtud de ello, ante consulta del Juzgado de Familia de Liberia, la Sala Constitucional mediante Voto número 2003-06304 de las 10:31 horas del 3 de julio del 2003, con redacción del Magistrado Luis Paulino Mora Mora, declaró inconstitucional la reforma por vicio en la aprobación de la Ley al no contar con la mayoría calificada que establece el artículo 167 de la Constitución Política.

XX. o) CREACIÓN DEL JUZGADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA y ACUERDO DE CORTE PLENA: Mediante Ley No. 8411, publicada en la Gaceta Número 91 del once de mayo del dos mil cuatro, se creó el Juzgado de Niñez y Adolescencia, y por acuerdo de Corte Plena Número 48-2003 del 15 de diciembre del 2003, se asignó el trámite y la decisión de Adopciones Internacionales al Juzgado de Niñez y Adolescencia.

XI. p) REGLAMENTO PARA LOS PROCESOS DE ADOPCIONES NACIONALES O INTERNACIONALES. Este reglamento fue publicado en la Gaceta número 27 del 9 de febrero del 2004, y derogó al anterior del 25 de junio del 2001 que había sido publicado el 6 de agosto del 2001. Este desarrolla el funcionamiento del Consejo Nacional de Adopciones y el trámite en vía administrativa de las Adopciones nacionales e internacionales.

XXII. q) PROYECTOS DE LEY: Últimamente se han tramitado al menos dos proyectos que tienen que ver con la Adopción. Uno en el cual se propone nuevamente la aprobación de la reforma a los artículos 109 inciso c) y 113 del Código de Familia que se había declarado inconstitucional por razones de procedimiento y otro en el cual se pretende incluir la prueba de ADN para las adopciones internacionales.

XXIII. Artículo 1: Las Fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La Costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.

Artículo 2: Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior.

Artículo 5: Las normas jurídicas contenidas en los tratados y convenios internacionales no serán de aplicación directa en Costa Rica, en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su aprobación por la Asamblea Legislativa y publicación íntegra en el diario oficial "La Gaceta".

Artículo 6: Los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido.

Artículo 9: La Jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Artículo 10: Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

XXIV. La adopción es una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, **para todos los efectos, en calidad de hijo o hija.** (artículo 100 del Código de Familia). La Adopción nacional se regula con los artículos 51 y 55 de nuestra Constitución Política. Las adopciones Internacionales se encuentra contempladas también en nuestro ordenamiento jurídico, y no existe diferencia alguna procesal en su tramitación, a excepción de las probanzas que demás deba de aportarse. A partir de ese artículo 100, se regula todo lo atinente a la adopción, incluyendo el procedimiento y en lo que guarde silencio, con aplicación supletoria del Código Procesal Civil.

XXV. El Juez de Alzada, es un contralor, de los procedimientos, su principal misión es confrontar la actividad de los jueces de instancia, velando por que se respete la legalidad, y el debido proceso. La función jurisdiccional se ejerce por las personas a quienes el Estado inviste con la dignidad de jueces y cuyo conjunto constituye la administración de Justicia. El proceso judicial constituye entonces, un instrumento que sirve para resolver un litigio, dentro de un marco de tutela de los derechos fundamentales, donde participan dos partes: una que pretende en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal, y otra frente a la cual esa actuación es exigida, y que mediante el principio de contradicción se garantiza la participación efectiva de las partes en el proceso, el cual sirve de límite a los poderes del órgano jurisdiccional, siendo la igualdad de tratamiento a las partes una garantía fundamental que connota nuestra carta magna en su artículo 33, y el 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene por objeto conferir a los litigantes iguales posibilidades y oportunidades de actuar en juicio., y por ello, el inciso 2) del artículo 98 del Código Procesal Civil, recoge ese principio de igualdad ante la ley, y enuncia: **" Son deberes del Juez: 1)...2) Asegurar a las partes igualdad de tratamiento. 3).....7)...** En lo tocante a la Adopción, la misma se tramita con las normas de la actividad judicial no contenciosa, el Juzgador se limita a llevar a cabo actos sometidos a su conocimiento, para llegar a una resolución final de aprobar o improbar la solicitud. La resolución combatida es la aprobación de la solicitud de adopción que de la persona menor de edad **A.K.P.C.** hacen los promoventes **WILLIAM THOMAS FAZIO y NANCY HELENE ALLIANO**, ambos de nacionalidad estadounidense. La recurrente en su condición de representante legal del ente que por disposición constitucional le compete proteger a la niñez, alega que erróneamente se esta considerando que la niñez valga la redundancia, habitante de este país está divida en dos, los niños que están al lado de sus progenitores y los que están institucionalizados a cargo de su representada, y que debe de retomarse la posibilidad de cambiar la Jurisprudencia de este Tribunal en ese sentido.

XXVI. Como ya se connotó el Derecho de Familia otrora, estaba regulado por el Libro I de las Personas, del Código Civil de 1888. Ochenta y seis años después por promulgación de la Ley Número 5476, del 7 de diciembre de 1973, sancionada el 21 de diciembre de ese mismo año, y publicada en la Gaceta No. 24 del 5 de febrero de 1974, nace a la vida jurídica el Código de Familia, que entró en vigencia el 5 de agosto de 1974 (seis meses después), posteriormente mediante Ley número 6045 del 25 de febrero de 1977, sancionada el 14 de marzo de ese mismo año, y publicada en la Gaceta No. 60 del 26 de marzo de 1977, sufre una reforma interesante. Este conjunto de normas, insertó considerables transformaciones formales y sustanciales en nuestro



ordenamiento jurídico. Para poder conocer la opulencia de su comedido se debe saber aplicar e interpretar sus preceptos. Corresponde entonces a los Jueces aplicarlos e interpretarlos. En ésta tarea, entre otras, debe el Juez reconocer entonces cuando está en presencia de "normas cuadro, cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados". Para conocer éstos, debe de saberse que son ellos: entendiéndose entonces que son: "naciones legales de contenido indeterminado, son normas que han sido intencionalmente formuladas por el legislador de manera imprecisa, normas cuyo contenido virtual tiene que ser precisado por el Juez". Además de lo anterior, no solo existen normas que haciendo uso de lo que podríamos llamar delegación legislativa, invitan al Juez a concretar el contenido de ciertas disposiciones imprecisas o borrosas, sino que dependiendo de cada caso específico, ha sido dotado el Juez de Familia, de un poder llamado Moderador y Regulador, los cuales consisten en: " autorizar al Juez para resolver cada litigio en concreto, no con regla de derecho, sino investido de poder de decisión, apreciar cada caso, seguir su desarrollo e ir tomando o tomar la decisión o decisiones más oportunas, de acuerdo con las circunstancias. Dicho lo anterior, se sustenta sin lugar a dudas, que no es que erróneamente se habla de dos categorías de personas menores de edad, según su guarda, es que existe esa diferencia y la base de ello es precisamente el artículo 37 del Convenio pluricitado. Han pasado muchos años y decimos también que siglos, desde que se conoce la figura de la adopción, y no en vano, se hizo ese recuento histórico de ello. Si bien es cierto, en el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, denominado Convenio de la Haya, se dice que tiene como fin establecer garantías para que las Adopciones Internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño, así como instaurar un sistema de cooperación entre los estados signatarios, y que este sistema de cooperación se diseña de manera que cada Estado debe designar una autoridad central y existe la obligación de las autoridades centrales de coordinar y cooperar entre sí y que por Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley número 7648 del 9 de diciembre de 1996, se establece que la Autoridad Central de Costa Rica, es el Consejo Nacional de Adopciones y que de acuerdo con el convenio las Autoridades Centrales elaboran un informe respecto a los adoptantes como sobre el adoptado, al tenor del artículo 15 y 16, de manera tal que 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. Mientras esté autorizado en la Ley, las adopciones directas a padres adoptantes residentes en el extranjero, 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). Específicamente no se trata de variar un criterio del Tribunal, es que el ordenamiento es claro en el artículo 21 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se reconoce ese derecho que tiene toda persona menor de edad de tener una familia, un núcleo familiar que le rodee, ya sea por filiación consanguínea o adoptiva, cumpliendo de esta forma el estado con la obligación de dar esa protección que constitucionalmente le está reconocido. Con la Convención de la Haya, como se ha insistido, se regula la adopción nacional e internacional, con la particularidad de que ésta debe de ser de obligatoria observancia cuando los niños estén bajo la protección del Estado, sea se encuentren institucionalizados. De igual forma, se dispone en el artículo 109 inciso c) del Código de Familia, que son los Jueces de Familia los competentes, en ejercicio de su jurisdicción (poder-deber de dirimir los conflictos sometidos a su conocimiento) los encargados de aprobar o improbar la solicitud. Por ello aún y cuando, con ocasión de la aprobación del Convenio de la Haya, se haya reformado el Código de Familia, y la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, para tratar de adecuarse a lo dispuesto en dicho ordenamiento, continúa prevaleciendo la indicación de tratar en forma diferente un procedimiento como el que nos ocupa, y uno en que esté involucrado un menor que se encuentre albergado ya se en la propia institución, sea Patronato Nacional de la Infancia, o una O.N.G, pero bajo la tutela del ente estatal. La entrega directa que de su retoño haga una madre o ambos progenitores dependiendo de cada casa en



específico, es un acto relacionado con la autonomía de la voluntad, expresada frente a la Autoridad Judicial competente, con respeto absoluto de ello, porque siendo otorgado por quien o quienes ostentan y ejercen la patria potestad, es válida tal disposición. Resumiendo, no puede y no contempla nuestra legislación un confín que frene ese ejercicio de la voluntad, a no ser que por disposición legal se suspenda o se de término a ese poder legítimo de ejercer la patria potestad sobre los hijos, pero que no aplicable al subjuice., por las circunstancias que dieron origen al proceso.

XXVII. "La subsidiariedad debe de entenderse entonces como la obligación que el ente estatal Autoridad Central Administrativa tiene para agotar los recursos de familias nacionales antes de otorgar en adopción, de los niños que tienen a su cargo. No es cierto que esta figura debe cumplirse como un trámite necesario e imprescindible y hasta como un requisito de validez, en las adopciones internacionales directas..." (Al respecto véase el Voto No. 158 de las 9 horas 50 minutos del 25 de enero del 2001 del Tribunal de Familia). La apelante, aspira a que se aplique este principio a este caso, y precisamente en sus conclusiones, en la comparecencia llevada a cabo a las catorce horas del veinticinco de noviembre del dos mil cuatro, externo que se revocase la sentencia, se ordenase la institucionalización de la niña, mientras se le encontraba un recurso familiar nacional. Dicha pretensión resulta improcedente por varios motivos, entre ellos, tratándose de una adopción internacional directa, dicho principio es inaplicable, y segundo atendiendo ese **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO , NIÑA Y ADOLESCENTE "** debemos de mantener a esta menor que tiene casi dos años ya de estar con sus padres adoptativos, con quien ya tiene consolidada una relación afectiva. Disponer lo contrario, sería más bien, no pensar en ese interés superior de esta personita menor de edad. El artículo 30 del Código de la Niñez y la Adolescencia enuncia: **DERECHO A LA VIDA FAMILIAR:** Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre, asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsados ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca. Diríamos entonces que **Los Derechos de los Niños y Niñas se pueden resumir en cuatro categorías: Supervivencia, Crecimiento, Protección y Participación.** Dentro de la Supervivencia se tiene el derecho a la vida, a la salud, y a la felicidad. En el Crecimiento el derecho a una familia, a ser educado en un espíritu de paz , dignidad, tolerancia, libertad, igualdad, y solidaridad que le permita crecer como una persona única, distinta y especial,. En la protección se ostenta el derecho a que se le respete la identidad e integridad, a ser protegido de todo abuso físico, sexual o mental, a no ser maltratado ni castigado. En lo de participación, el derecho a jugar a pensar, a expresarse. Ese pleno disfrute de esos cuatro estadios señalados, es el deseo de quienes conocemos del asunto. Con fundamento en lo expuesto, pero sobre todo por el **INTERÉS SUPERIOR** de la niña **A.K.P.C.**, no habiéndose violentado los procedimientos, ni inobservado la normativa de rango superior aplicable y dado que se ha cumplido con todos los requisitos formales que exige el Código de Familia, es lo pertinente, desdeñar el recurso planteado y en todos sus extremos confirmar la sentencia combatida."⁴

Obligatoriedad de Presentar la TIM a la Hora de Contraer Matrimonio

V. Ahora, vista la prueba aportada y el análisis que ésta hizo la a quo, este Tribunal llega a igual conclusión. En el testimonio de la escritura pública, que se entiende fiel reproducción del instrumento matriz, se establece que la compareciente Mojica Mendoza, costarricense, es menor de edad, hecho que también se hizo constar en el certificado de matrimonio civil número trescientos sesenta y un mil cuatrocientos veintiséis, en que se agregó que tenía dieciséis años y ese aspecto no ha sido rebatido ni en primera, ni en esta instancia. Por otra parte, en la comparecencia de la escritura, no se hizo constar que el acusado haya utilizado como documento de identificación, la



tarjeta de identidad de menor, cuando es su obligación consignar el documento utilizado según disponen los numerales 39 y 83 del Código Notarial. Como no existe otra prueba que desvirtúe el contenido del testimonio, como sería la matriz correspondiente, debe estarse a lo expresado en ese documento. No existe en esto una incorrecta apreciación de la prueba, ni existen indicios claros como para desvirtuar lo hecho constar en el testimonio o que generen alguna duda. En este sentido, el artículo 1 de esta Ley de Tarjeta de Identidad para los Costarricenses Mayores de doce años y Menores de dieciocho años, dispone que las personas en esta condición, deben contar con una tarjeta de identidad, al señalar: ***“Establécese la tarjeta de identidad para los costarricenses mayores de doce años y menores de dieciocho, como documento de identificación obligatorio. El Tribunal Supremo de Elecciones, mediante la sección o departamento que designe dentro del Registro Civil será competente y responsable de la solicitud, tramitación y expedición del documento citado. Podrá celebrar convenios con otras instituciones de derecho público para que coadyuven en estas labores, en la forma y condiciones que el Tribunal considere pertinentes”*** (lo resaltado no es del original). Esta norma guarda estricta relación y debe apreciarse en concordancia con el artículo 39 del Código Notarial, según el cual, los notarios deben identificar, cuidadosamente y sin lugar a dudas, a las partes y los otros intervinientes en los actos o contratos que autoricen y señala que identificarán con base en los documentos legalmente previstos para el efecto y cualquier otro que consideren idóneo y dispone, además, el documento de identificación debe indicarse en el instrumento respectivo. De la relación de estas normas se sigue que tratándose de una persona mayor de doce años y menor de dieciocho años, ese documento de identificación se constituye en el medio legal de presentación inexcusable y en consecuencia, el notario debe exigirlo, dada la obligatoriedad prevista en las normas señaladas. Ya sobre este tema, este Tribunal ha explicado que: *“Debe recordarse que el derecho notarial, por razones de seguridad jurídica, contiene una altísima dosis de formalismo, y concibe la actuación del notario, y sus respectivas obligaciones, desde una óptica cronológica específica, de ahí que existan 1) deberes pre escriturales, 2) deberes escriturales, es decir, propios del acto del otorgamiento, y 3) deberes post escriturales. La identificación de los otorgantes constituye entonces un deber pre escritural y escritural del Notario Público, que tiene efectos frente a terceros, y por eso es que resulta absolutamente irrelevante si un notario conoce ya a sus comparecientes, pues el conocerlos no lo relevará nunca de la obligación de consignar cada vez que comparezcan ante él, el documento de identificación vigente y legalmente previsto. Sin embargo, la manera correcta de identificar al compareciente no se encuentra al arbitrio de cada notario, sino que la establece la ley. En el caso de los costarricenses, mediante la cédula de identidad si se trata de mayores de edad, y mediante la tarjeta de identidad de menores, para los mayores de doce y menores de dieciocho años (Leyes 3504, 7688 artículo 1º, 7764 artículo 39). La norma que interesa dispone al efecto: “establécese la tarjeta de identidad para los costarricenses mayores de doce años y menores de dieciocho, **como documento de identificación obligatorio.**”(Énfasis suplido); lo que el Registro Civil puso en vigencia desde el año 2003. De lo dicho anteriormente se desprende con meridiana claridad la falta en que incurrió el notario, que fue respecto de uno de sus deberes preescriturales, propiamente en cuanto a la falta de identificación de la otorgante, menor de dieciséis años, con la tarjeta de identificación de menores, por lo que al incumplir tal deber formal constituye falta grave conforme el artículo 139 y sancionado según lo establecido por el artículo 144 inciso e) del Código Notarial.⁵*

- 1 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 181 de las nueve horas y cincuenta minutos del dos de febrero de dos mil diez. Expediente: 07-001150-0292-FA.
- 2 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 25 de las catorce horas con veinticuatro minutos del seis de enero de dos mil once. Expediente: 10-017879-0007-CC.
- 3 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1422 de la diez horas del diecisiete de noviembre de dos mil nueve. Expediente: 05-000600-0187-FA.
- 4 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 2089 de las nueve horas y quince minutos del veintiseis de noviembre de dos mil cuatro. Expediente: 03-400042-0421-FA.
- 5 TRIBUNAL DE NOTARIADO. Sentencia 400 de las nueve horas con cinco minutos del veintiocho de octubre de dos mil diez. Expediente: 06-000947-0627-NO.