



Jurisprudencia sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente

Índice de contenido

Resumen	1
Jurisprudencia	2
a) Categorías de los Derechos del Menor de Edad.....	2
b) El Interes Superior del Menor de Edad.....	2
c) Evolución Volitiva del Menor de Edad e Interes Superior del Menor: Capacidad de Decidir sobre su Desarrollo Intergral y Personal.....	5
d) Derecho a Percibir Alimentos.....	6
e) Libertad de Expresión y Opinión de los Menores de Edad.....	10
f) Derecho a la Imagen.....	12
g) Derecho de los Menores de Edad de Conocer a sus Padres.....	12
h) Derecho a la Educación.....	15
i) El Derecho de Ingreso al País de Menor de Edad Costarricense.....	16
j) Protección Estatal de los Derechos del Menor de Edad.....	16
k) Protección Especial por parte del Juez al Menor de Edad. En Cuanto a los Poderes del Juez en la Decisión sobre los Derechos de Autoridad Parental.....	21
l) Protección Especial del Menor en el Caso de resultar Víctima de Delitos Sexuales. .	22
m) Protección del Menor de Edad durante su Declaración en el Proceso Penal.....	22

Resumen

El presente documento reúne jurisprudencia de las Sala Tercera, Sala Constitucional y Tribunal de Familia sobre los derechos que le asisten a la persona menor de edad tales como el derecho a percibir alimentos, libertad de expresión y opinión, derecho a la imagen, a la educación, derecho del menor de conocer a sus padres; entre otros.

En este mismo sentido la jurisprudencia desarrolla otros temas relativos a estos derechos de los menores de edad, tales como el interes superior del menor (principio rector del derecho de familia), el concepto de evolución volitiva del menor de edad en torno a la toma de decisiones.

Además estipula la obligación estatal de velar por los intereses de los menores de edad desde todas las oficinas y dependencias que deban tratar con este grupo etario, tales como oficinas administrativas, escuelas, colegios y la Corte Suprema de Justicia.

Jurisprudencia

a) *Categorías de los Derechos del Menor de Edad*

[Tribunal de Familia]¹

"II. Es de suma importancia, velar por la integridad física, moral, social y psicológica de los menores, como derecho que tienen los Niños y Niñas, que 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.

III. En este caso como en cualquier situación que involucre a un niño o a una niña debe privar el interés superior de éste. Asimismo, se hace necesario tomar en cuenta los derechos de los niños con padres separados. (better divorce.com) 1. El derecho a ser tratados como seres humanos importantes, con sentimientos, ideas, deseos propios y como una fuentes de conflicto entre sus padres. 2. El derecho a una relación continúa con ambos padres y a la libertad para recibir y expresar amor a ambos. 3. El derecho a expresar amor y afecto a cada padre sin tener que disimular ese amor por temor a la desaprobación del otro padre. 4. El derecho a saber que la decisión de separarse de sus padres no es su responsabilidad y que ellos todavía tendrán la posibilidad de vivir con cada padre. 5. El derecho a respuestas honestas a sus preguntas acerca de los cambios en las relaciones familiares. 6. El derecho a saber y apreciar las buenas cualidades de cada padre sin que los mismos se degraden mutuamente. 7. El derecho a tener una relación segura y relajada con ambos padres sin ser colocados en una posición para manipular a un padre contra otro. 8. El derecho a que el tiempo que los niños pasen con su padre no sea sujeto de ser disminuido, ni eliminado como castigo a malos comportamientos de los niños. 9. El derecho a ser un niño y a estar aislado de los problemas de los padres.

IV. La sentencia recurrida se ajusta a derecho y al mérito de los autos, sin que los agravios sean de recibo. Consta en autos un estudio psicosocial, llevado a cabo a las partes interesadas en esta litis, que informa del interés de la menor de ver a su padre, y de la propia madre, hoy apelante, de no tener inconveniente alguno, de que el señor Montoya comparta con su hija, aunado a lo expresado por el accionante de renovar los vínculos con su hija. Por lo anterior, este Tribunal no encontrando ningún vicio, o motivo alguno, indicador de riesgo para la menor de edad, resuelve mantener la decisión de primera instancia, y en consecuencia confirmar la resolución recurrida."

b) *El Interes Superior del Menor de Edad*

[Tribunal de Familia]²

"II. La progenitora Calvo Tosi aduce como fundamento de inconformidad con la resolución de la Jueza de Instancia, que se está otorgando permiso para que el menor duerma en la casa de la abuela paterna, asunto que no es beneficioso para el menor, ya que si no va a dormir con su padre por no contar con un lugar adecuado para el menor, lo adecuado (textual) sería que el niño regrese

a la casa de su madre, lugar donde ha permanecido siempre, y no que se quede donde su abuela paterna, ya que el régimen de visitas es para que se dé una relación con el padre y no con la abuela, además del impacto que esto produciría en el estado emocional del menor. **III.-**

La Convención de los Derechos del Niño, ratificada mediante Ley No. 7184 del 18 de julio de 1990, regula en su artículo 3, aparte 1, 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. A su vez, el numeral 9, en el aparte 1, se dice: "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..."**

El principio del interés de la familia y de los hijos lo recoge también el artículo 2 del Código de Familia, en concordancia con lo enunciado por el artículo 52 de la Constitución Política. **IV.-**

Existen varios procesos en donde se discuten los derechos de los hijos menores. Entre éstos se pueden mencionar: La Guarda, o Custodia, el Régimen de Visitas, Las Salidas del País, Las Autorizaciones para vender o enajenar bienes, la Tutela, la Adopción, las llamadas "declaratorias de abandono", los Depósitos, Las Medidas de Protección. En cada uno de estos procesos, deben establecerse una serie de garantías para las personas menores de edad y que podrían ser:

1. Debe apartarse de la consideración del conflicto de los hijos menores, toda expresión que representa el conflicto entre cónyuges.

2. La solución, como en todo conflicto que involucra a las personas menores de edad, debe estar presidida por el propósito de asegurarse, que en la medida de lo posible se garantice su bienestar.

3. Si bien, no es decisivo el criterio y deseo de los hijos menores, ya que el Juez debe evaluar en conjunto las circunstancias que rodean la causa, de ningún modo puede desecharse ese deseo y esa opinión.

4. Toda decisión judicial debe acompañarse de un criterio técnico aportado por equipos especializados en el tema de los derechos, con énfasis en diversas áreas, educativa, psicológica y social.

5. En toda decisión, el Juez debe observar el interés superior del niño, y fundamentar en ese sentido sus resoluciones. Asimismo, se hace necesario tomar en cuenta los derechos de los niños con padres separados. (better divorce.com) **1. El derecho a ser tratados como seres humanos importantes, con sentimientos, ideas, deseos propios y como una fuentes de conflicto entre sus padres. 2. El derecho a una relación continúa con ambos padres y a la libertad para recibir y expresar amor a ambos. 3. El derecho a expresar amor y afecto a cada padre sin tener que disimular ese amor por temor a la desaprobación del otro padre. 4. El derecho a saber que la decisión de separarse de sus padres no es su responsabilidad y que ellos todavía tendrán la posibilidad de vivir con cada padre. 5. El derecho a respuestas honestas a sus preguntas acerca de los cambios en las relaciones familiares. 6. El derecho a saber y apreciar las buenas cualidades de cada padre sin que los mismos se degraden mutuamente. 7. El derecho a tener una relación segura y relajada con ambos padres sin ser colocados en una posición para manipular a un padre contra otro. 8. El derecho a que el tiempo que los niños pasen con su padre no sea sujeto de ser disminuido, ni eliminado como castigo a malos comportamientos de los niños. 9. El derecho a ser un niño y a estar**

aislado de los problemas de los padres.

V. Hay que tomar en cuenta que con motivo de la separación personal o del divorcio, la familia no se desvanece, sino que se reorganiza. El progenitor favorecido con la custodia, debe ser garante del ejercicio del otro y dejar a salvo el derecho de comunicación y visita con los hijos y demás familiares, como lo establece el artículo 152 del Código de Familia.

VI. Es de interés público el cumplimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia y por consiguiente su defensa o restitución en caso de amenaza o violación de los mismos. **"EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE"**, es una premisa fundamental de la doctrina de la protección integral, es el principio rector del interés superior de niño, base para la interpretación y aplicación de la normativa de la niñez y la adolescencia. Artículos 1, y 5 de la Ley 7739, Código de la Niñez y Adolescencia. Con fundamento en este principio se establece una línea de acción de carácter obligatorio para las **instituciones públicas**, las entidades privadas de bienestar social, **los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los órganos administrativos**. 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. El artículo 8 de dicho cuerpo legal recita: **JERARQUIA NORMATIVA**. Las normas de este Código se aplicarán e interpretarán de conformidad con la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás fuentes normativas del derecho de la niñez y la adolescencia, de acuerdo con la siguiente jerarquía: a) La Constitución Política. b) La Convención sobre los Derechos del Niño. c) Los demás tratados y convenios internacionales sobre la materia. d) Los principios rectores de este Código. e) El Código de Familia y las leyes atinentes a la materia. f) Los usos y costumbres propios del medio sociocultural. g) Los principios generales del Derecho. Así mismo los artículos 13, 29 y 30 de esta misma ley enuncia: **DERECHO A LA PROTECCION ESTATAL**: La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral. **DERECHO INTEGRAL**: El padre, la madre o la persona encargada está obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años. **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. El artículo 115 del código en rito formula: **DEBERES DE LOS JUECES**. Serán deberes de los Jueces que conozcan de asuntos en los que esté involucrada una persona menor de edad: a)... b)... c)... **d) Conducir el proceso en busca de la verdad real.**, e).....j)....

VI. Se hace la aclaración que el presente expediente se encuentra mal foliado, a partir del folio 50, siendo que cuando correspondía el folio 51, se partió como folio 21, y así se siguió, lo que hace necesario, corregir esa foliatura en esta instancia para poderse referir a la carga probatoria en el folio correspondiente, y no en el erróneo. El menor **D**.se encuentra bajo la guarda, crianza y educación de su madre, y la interrelación necesaria entre padres, madres e hijos, más que un derecho de los progenitores, es una garantía que debe prevalecer en favor de las personas menores de edad, de forma que, no se trata de imponer a los hijos el acercamiento con sus padres y madres sino promover este compartir en forma armónica y gratificante que conlleve a fortalecer el vínculo existente con motivo de la relación filial. Si bien es cierto la madre no se ha opuesto en su

totalidad a lo dispuesto en el fallo, su malestar es solamente con que el menor se quede a dormir en casa de su abuela, en los períodos en que le está autorizado tener consigo el progenitor a su menor hijo, e indica que el régimen no es para la relación con su abuela, sino para con su padre, además del impacto que esto produciría en el estado emocional del menor. Sin embargo, dicho agravio no es de recibo, el tener que preparar un cuarto en la casa de habitación el progenitor, porque como lo confesó según se observa en el folio 55 este inmueble solo tiene una habitación y ahí mismo tendría que dormir y tener, que quedarse a dormir con su abuela, no le es extraño para dicho menor, consta en autos, a folios 98, que el menor D.manifestó a la perito social, que llevó a cabo este peritaje que él en el pasado se ha quedado a dormir con su abuela paterna y se siente seguro, éste lo cuida y le da muchas cosas, aunado también a que en el folio 89, que es relacionado con el dictamen pericial psicológico clínico forense practicado al menor pluricitado, se acota que éste presenta elementos de tristeza, tensión y ansiedad, afecto hacia ambos progenitores, cercanía afectiva con su madre y deseo de mantener y fortalecer el vínculo con su progenitor, a quien dice no conocer mucho. Con arreglo a lo que viene dicho, es lo pertinente entonces proceder a confirmar en lo que ha sido objeto del recurso la sentencia recurrida."

c) Evolución Volitiva del Menor de Edad e Interes Superior del Menor: Capacidad de Decidir sobre su Desarrollo Intergral y Personal

[Tribunal de Familia]³

"**QUINTO:** [...] Estamos claros que efectivamente no se demuestran los hechos denunciados contra doña Rafaela, de ahí que avalamos la sentencia de primera instancia en cuanto declara sin lugar la Declaratoria de Abandono. No obstante creemos que efectivamente la joven P. no debe regresar al lado de su madre por cuanto ella no solo no lo desea sino que está persuadida de que el regreso sería negativo para ella. Básicamente nos lleva a confirmar también la sentencia de primera instancia en cuanto dispone el depósito de la joven P. en el hogar conformado por don Gerardo Wong Segura y Anabelle Víquez Sáenz la doctrina de la EVOLUCION DE LAS CAPACIDADES VOLITIVAS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD, contemplada en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue ratificada por Costa Rica. Dicha doctrina básicamente sostiene que conforme van creciendo las personas menores de edad y van alcanzando mayor madurez, debe ir aumentando también la posibilidad de una mayor intervención e incluso un poco más de poder de decisión en aquellos asuntos en donde se ven afectados sus intereses. En este caso concreto P. cuenta con trece años de edad, y expone sus propias razones del por qué no quiere vivir al lado de su madre, razones que aunque no han encontrado fundamento probatorio lo cierto es que son razones subjetivas que la joven cree que responden a la realidad, de ahí que no podemos ignorarlas. Distinto sería el caso si se tratara de una niña de cinco años de edad. Si bien es cierto tanto a los cinco años como a los trece años los niños y niñas están sujetos a patria potestad, precisamente porque aún no tienen una capacidad procesal plena, lo cierto es que precisamente la edad y la madurez nos obligan a los juzgadores a atender tales opiniones. También tenemos claro que la opinión de las personas menores de edad no es vinculante, aunque si es un derecho procesal el poder externar su opinión. Pero en un caso como el presente, en el que la joven P. se siente convencida de que no será feliz al lado de su madre porque considera que fue dañada y puede volver a ser objeto de algún tipo de abuso, no podemos ser ciegos a tal posición. Es doloroso lo que debe enfrentar la madre de la joven, pero ante la contraposición de dos derechos fundamentales como lo es el derecho de P. de estar en donde pueda tener un desarrollo integral de sus potencialidades y de su personalidad en busca de su felicidad, y por otro lado el derecho de la madre [sic] tener a su lado a su menor hija, debemos

aplicar el principio general del INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO para determinar cuál de los derechos debe imperar. De tal confrontación concluimos sin lugar a duda que debe imperar la posición de P.[...]"

d) Derecho a Percibir Alimentos

[Tribunal de Familia]⁴

"**TERCERO** : De previo al análisis del caso concreto es oportuno tener presente algunas de las consideraciones más recientes del Tribunal Constitucional sobre el tema del derecho alimentario de los menores de edad: " Para iniciar, debe citarse la normativa internacional en materia de derechos de los niños y niñas, que establecen los alcances de protección de sus derechos por parte de los Estados signatarios. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 27, incisos 1) y 4), establece el deber de los Estados Parte a reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, para lo cual encarga a los Estados Partes tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero.

Con el objeto de garantizar los alcances de esta Convención, el Estado ha emitido variada normativa tendente a ello, algunas incluso anteriores a la suscripción de la Convención , como es el caso del Código de Familia y la Ley de Pensiones Alimentarias, y otras posteriores, como el Código de la Niñez y la Adolescencia , para citar algunas específicas para el tema que nos interesa.

Este último establece en el artículo 37, lo que denomina como el Derecho a la Prestación Alimentaria , al indicar:

"El derecho a percibir alimentos se garantiza en los términos previstos en el Código de Familia y las leyes conexas. Extraordinariamente, la prestación alimentaria comprenderá, además, el pago de lo siguiente:

- a) Gastos extraordinarios por concepto de educación, derivados directamente del estudio o la instrucción del beneficiario.*
- b) Gastos médicos extraordinarios; de necesidad notoria y urgente.*
- c) Sepelio del beneficiario.*
- d) Cobro del subsidio prenatal y de lactancia.*
- e) Gastos por terapia o atención especializada, en casos de abuso sexual o violencia doméstica."*

Por su parte, el artículo 40 de ese mismo cuerpo legal, le otorga legitimación *ad causam activa* plena al menor de edad, para acceder a la autoridad judicial competente para demandar alimentos en forma personal o por medio de una persona interesada. La solicitud que formule ante dicha autoridad, bastará para iniciar el proceso que corresponda, dice esa norma.

El Código de Familia, en el artículo 164 establece claramente los alcances de la prestación alimentaria, al definirla como: *"lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos"*. Evidentemente, este concepto, como se vio, fue ampliado en tutela de los derechos del menor, a los extremos contenidos en el artículo 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia , citado supra.

Ese mismo cuerpo legal, establece el derecho bipolar de alimentos a favor de los miembros de un grupo familiar, y específicamente en relación con los hijos dice el artículo 169.2:

"Deberán proveer alimentos:

2) Los padres a sus hijos menores o incapaces y los hijos a sus padres."

Dentro de este marco normativo, supra e infra constitucional, y en el plano constitucional, como bien se cita en la sentencia 2010-011490, considerando II, al indicar: *"En el ámbito interno, la integración de los artículos 38, 39, 51, 52 y 53 de la Constitución Política, versan -entre otros- en el mismo sentido del reconocimiento del principio de protección y del derecho al a prestación de alimentos (...)"*, queda claro, no solo que existe un evidente interés en proteger los derechos del menor de edad a los alimentos, sino que la normativa interna e internacional ha buscado establecer, claramente, a la prestación alimentaria, como un derecho humano de los menores de edad, deber que ha sobrepasado los límites del deber legal a prestarlos, para constituirse en un verdadero derecho humano reconocido en beneficio de esa población mundial por los Estados, el cual se puede garantizar por la jurisdicción ordinaria y obligarse su cumplimiento hasta con el apremio corporal, en los términos establecidos en el artículo 39 constitucional y la legislación de pensiones alimentarias que rige en la República " (ver RESOLUCIÓN N° 2011-005112 . SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas veintiún minutos del quince de abril de dos mil once).-

CUARTO: Caso concreto. La señora P por medio de su apoderada especial judicial presentó incidente, dentro del proceso principal de divorcio, para la fijación de cuota alimentaria a favor de sus dos hijos y para ella a título personal. De acuerdo con la prueba documental aportada los señores L y P contrajeron matrimonio el día cinco de abril del año dos mil tres (ver copia de certificación a folio 21 de este legajo), tienen dos hijos comunes menores de edad: G, quien nació el día tres de setiembre del año dos mil tres (ver folio 23) , y F, el día veintiocho de enero del año dos mil seis (ver folio 22), o sea que los menores actualmente tienen ocho y cuatro años y ocho meses de edad respectivamente. La parte actora aduce que la vida del grupo familiar *"siempre fue llena de lujos y comodidades, con viajes constantes al extranjero, paseos a hoteles cinco estrellas, educación en colegios privados de alto prestigio, actividades extracurriculares"* (ver hecho décimo segundo del escrito inicial a folio 6), presentó un presupuesto de gastos de ella y los dos menores superior a los cuatro millones de colones mensuales, solicitando la fijación de una cuota alimentaria provisional de un millón setecientos veinte mil colones para la menor G, un millón seiscientos veinte mil colones para el menor F, y un millón cien mil colones para ella. El señor Juez A-quo denegó la imposición de cuota provisional para la esposa, y fijó la cuota alimentaria provisional para cada menor en la suma de doscientos cincuenta mil colones mensuales, o sea un total de quinientos mil colones mensuales. Esa decisión fue impugnada por la parte actora, tanto en lo que respecta al monto para los menores como el rechazo de fijar cuota a título personal para la señora P. El señor L ya contestó la demanda, además formuló alegatos pidiendo que se mantenga el monto fijado en forma provisional (ver folios 281 a 285), destacando, en resumen, que la actora es profesional con ingresos propios, invoca el principio de solidaridad de la obligación alimentaria entre los padres y agrega que sus ingresos provienen de su trabajo en la clínica que tiene en [...], la cual le genera muchos gastos. Revisado el legajo de pensión alimentaria, la prueba documental y las manifestaciones de ambas partes, esta integración del Tribunal estima que existen suficientes elementos para modificar la decisión provisional impugnada, sin perjuicio de la recepción de las numerosas probanzas ofrecidas tanto por la actora como por el demandado, y su valoración posterior en sentencia. En este momento se puede afirmar que el grupo familiar integrado por los esposos y sus dos hijos ha tenido un elevado nivel económico, el cual, de conformidad con la normativa vigente, debe ser mantenido ahora que la familia se encuentra en crisis con la

separación de los cónyuges (doctrina del artículo 164 del Código de Familia). La afirmación sobre el nivel económico del grupo familiar se sustenta no solo en las manifestaciones de la parte actora sino en la aceptación o reconocimiento que hace la parte demandada en su memorial de respuesta. En primer lugar los esposos son dos exitosos profesionales, la actora, farmacéutica, quien durante muchos años, laboró para la empresa Merck Sharp & Dohme, desde el año mil novecientos noventa y siete hasta el dos mil diez, o sea que lo hizo desde antes de contraer matrimonio, en el año dos mil tres, el esposo admitió esa situación al responder el hecho quinto: "**Es cierto que la aquí actora laboró para la empresa [...] y que fue liquidada en marzo del año 2010**" (ver folio 138). Actualmente la señora P labora para la empresa [...] con ingresos mensuales, promedio, cercanos a los dos millones de colones, según el reporte de este año a la Caja Costarricense del Seguro Social (ver estudio a folio 260). Por su parte, sobre el demandado, ciertamente como lo señaló el señor Juez A-quo la parte actora no había indicado la profesión u oficio del señor L o su actividad, sin embargo al recurrir la fijación claramente afirmó que "**Don L es un odontólogo que tiene estudios de posgrado (especialidad) en otodoncia, de manera que integra el grupo de profesionales liberales de más alto nivel de ingresos del país. Don L tiene una Clínica Dental muy conocida en [...] que es el [...]**", hecho reconocido por el demandado: "**ambos somos profesionales en el área de las ciencias de la salud, ella Farmacéutica y el suscrito Odontólogo y nuestros ingresos, son producto de nuestro trabajo**" (respuesta a hecho sexto, folio 139) lo que incluso esta acreditado documentalmente. En efecto, de la certificación de ingresos que aportó el demandado, la contadora pública autorizada al identificar al señor L[...] indicó claramente que es "**odontólogo ortodoncista**" (ver certificación a folio 147) y luego consignó que, él le manifestó que es "**odontólogo independiente en su [...], actividad que ha realizado por más de quince años**" (misma prueba citada). En otras palabras, el señor L también ha ejercido su labor profesional desde antes de contraer matrimonio y lo sigue haciendo. Se trata de hechos muy importantes en lo que respecta a los ingresos del obligado para la valoración de las sumas a imponer, y como se destacó, con los cuales no contaba el señor Juez A-quo cuando hizo la fijación impugnada. En cuanto a los menores, ambos se encuentran en un centro educativo privado que demanda el pago de altas sumas por concepto de mensualidades, el Colegio Panamericano, y según lo afirma la madre el pago de la colegiatura asciende a más de ochocientos mil colones al mes. El señor L admitió que los menores han estado en ese centro educativo y que también lo hacen actualmente, en la respuesta al hecho décimo afirmó: "**Únicamente durante el 2010 fue que estuvieron en el Colegio Panamericano**" (ver folio 141) y en relación al hecho séptimo reconoció: "**la aquí actora los trasladó nuevamente a la [...], donde se pagan casi ochocientos mil colones mensuales de colegiatura**" (ver folio 140). Este no es el proceso, ni el momento, para discutir la conveniencia o no de que los menores asistan a ese centro educativo, lo cierto es que como lo confesó espontáneamente el padre lo hicieron durante el año pasado y lo hacen en la actualidad. Si solamente la educación de los menores genera un gasto mensual de casi ochocientos mil colones mensuales, la fijación de doscientos cincuenta mil colones para cada uno de ellos es evidentemente insuficiente. Otros indicadores del alto nivel económico de la familia se encuentran en el pago de servidora doméstica, jardinero, vigilancia privada y mantenimiento de piscina, gastos que fueron expresamente admitidos por el obligado: "**Mensualmente pago un monto similar a los quinientos mil colones, los cuales se desglosan así: Pago de la servidora doméstica de la casa donde reside la actora la suma de doscientos mil colones incluyendo el pago del Seguro Social, pago de electricidad en un monto que asciende cerca a los ciento cincuenta mil colones, pago de Jardinero setenta mil colones, más setenta mil colones de vigilancia, por MANTENIMIENTO DE PISCINA la suma de treinta mil colones. Además, el pago del teléfono de la casa e internet**" (destacado suplido, ver respuesta a hecho séptimo a folio 140). En este contexto no es admisible la afirmación del demandado de que el grupo familiar ha vivido "**modestamente como cualquier familia de clase media**" (folio 141) porque evidentemente no es cierto que "**cualquier familia de clase media**" puede pagar casi ochocientos mil colones mensuales únicamente de



colegiatura, contar con servidora doméstica, pagar setenta mil colones mensuales al jardinero, igual suma por seguridad privada, ciento cincuenta mil colones sólo por el servicio de electricidad y mantenimiento de piscina. Todos estos son indicadores de que contrario a lo que manifiesta sus ingresos netos mensuales no se pueden limitar a los dos millones doscientos cuarenta y seis mil seiscientos dos colones como se pretende sostener con base en la certificación de ingresos (folios 147 y 148). Es bien conocido que en la apreciación de los elementos probatorios en materia de pensiones alimentarias documentos como esa certificación no son plena prueba y por ende no resultan vinculantes para esta decisión. También tenemos otro indicador del nivel económico de las partes: sus bienes. Existe prueba documental según la cual el señor L es propietario de dos fincas del partido de Guanacaste, matrículas de folio real números [...], con una medida de cinco mil seiscientos cuarenta y dos metros cincuenta y seis decímetros cuadrados, adquiridas mediante compra e inscritas en fecha reciente, veinticinco de mayo del año dos mil nueve (ver folios 83 a 86), las cuales soportan hipoteca por la suma de cuatrocientos cuarenta y seis mil quinientos dólares, **respondiendo** la primera por la suma de ciento noventa y siete mil ochocientos cincuenta dólares, y la segunda por doscientos cuarenta y ocho mil seiscientos cincuenta dólares, en ambas el deudor es el señor L, aún y cuando él impugna las afirmaciones de la actora sobre el valor de los inmuebles y aduce que se tramitó lo que denomina "*una hipoteca abierta*" y a un "*largo plazo*" (ver folio 283), lo cierto es que la adquisición de esos bienes, su extensión, la primera con más de cuatro mil metros cuadrados, la segunda con más de cinco mil metros cuadrados y los montos por los que responden los inmuebles son un indicio de su real valor económico, aunque hayan sido estimadas en ocho millones de colones cada una, y de la capacidad económica del deudor para poder asumir esos importantes compromisos crediticios. También la señora P figura como propietaria de la finca del Partido de Guanacaste matrícula de folio real número [...], mide tres mil ochocientos metros sesenta y dos decímetros cuadrados, adquirida mediante compra, inscrita el veintidós de mayo del año dos mil nueve, soportando hipoteca por la suma de ciento cuarenta y un mil quinientos dólares (folios [...]). Asimismo, a pesar de que registralmente figura inscrito a nombre de una sociedad anónima (folios [...]), el señor L confiesa que se adquirió el vehículo placas número [...]: "**con respecto al vehículo placa [...] a que hace referencia la aquí actora, el mismo se adquirió con dinero sobrante del préstamo que se hizo para la compra de la casa...ese vehículo tiene un costo hoy día de cuarenta mil dólares y posee una prenda que se adeuda todavía**" (destacado suplido, ver folio 283). En estas condiciones, en aras de una tutela efectiva de los derechos de los menores de edad, la cuota provisional a favor de los ellos, G y F, ambos de apellidos L, debe ser incrementada sustancialmente, y se fija en la suma prudencial de ochocientos mil colones para cada uno de ellos, cantidad con la cual no se cubren en su totalidad los gastos de los menores, de manera tal que la madre tendrá que seguir contribuyendo con los mismos.

Finalmente, sobre la cuota alimentaria a favor de la actora, a título personal. El Juzgado A-quo denegó la fijación de suma alguna a favor de ella básicamente porque ella recibe ingresos producto de su trabajo. Esta integración del Tribunal no comparte esa visión de la pensión alimentaria provisional y de la condición de la esposa que trabaja fuera del hogar. Es cierto que esta demostrado que la actora es, como ya se destacó, farmacéutica y percibe una remuneración económica, pero esa situación no es novedosa, por el contrario, como también se puntualizó, ella ha laborado durante toda la vida matrimonial, incluso desde antes, y más bien, tuvo que cambiar que trabajo porque fue cesada del anterior durante los primeros meses del año dos mil diez y actualmente lo hace para la empresa [...], por lo que la condición de profesional activa no es ninguna novedad en la dinámica familiar, no es un hecho nuevo. Por otro lado, como se analizó los ingresos reportados durante el período comprendido entre los meses de febrero y agosto del año en curso, van desde el millón trescientos cincuenta y un mil seiscientos noventa colones noventa céntimos, el más bajo, a dos millones quinientos ochenta y un mil trescientos noventa y tres mil

colones noventa y ocho céntimos, el más alto (ver folio 260 ya citado), con un promedio inferior a los dos millones de colones mensuales, no fijarle suma alguna porque labora y percibe ingresos, representa, al menos en esta etapa inicial del proceso, una forma de castigo para la mujer profesional que ejerce activamente. Además que de acuerdo al alto nivel de gastos que se ha señalado ha tenido la familia, sí necesita de la contribución de su marido para mantenerlo, por eso en este punto también se revoca el auto de las once horas cincuenta y un minutos del primero de setiembre del año dos mil once, y se fija a favor de ella, a título personal, y a cargo del demandado, la suma de quinientos mil colones mensuales como cuota alimentaria provisional.”

e) Libertad de Expresión y Opinión de los Menores de Edad

[Tribunal de Familia]⁵

“III. SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD A SER ESCUCHADAS Y EXPRESAR SU OPINIÓN: **Acusa** la apelante que inexplicablemente la juzgadora de instancia se negó a escuchar a los menores involucrados, siendo un derecho de estos opinar.

Tal y como lo indica la representante de la accionada los artículos 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 34 del Código de la Niñez y la Adolescencia, consagran el derecho de las personas menores de edad a conocer la existencia de procesos judiciales y administrativos que les puedan afectar, así como el de ser escuchados y por ende expresar su opinión. Se trata, pues, de un derecho fundamental que no puede entenderse como un mero requisito o rito sin trascendencia alguna. Posiblemente, constituya, en materia de niñez y adolescencia, el derecho procesal más importante de las personas menores de edad.

Esta Cámara se ha pronunciado de forma muy prolija al respecto. Véase, sólo a manera de ejemplo, el voto número 1405-10 de las diez horas treinta minutos del doce de octubre de dos mil diez, que en lo conducente señaló:

"En virtud de lo previsto en el numeral 12 de la Convención sobre los derechos del niño y 105, 107 y 114 del Código de la niñez y la adolescencia, es imperativo considerar, en un asunto como este, en el momento de pronunciarse sobre el fondo de la petición formulada, la opinión del niño o de la niña titular del derecho cuya disposición se pretende, sobre todo si, como aquí sucede, es un adolescente a punto de concluir su enseñanza secundaria. Debe, pues, hacérsele la observación al despacho de primera instancia e instarlo para que, en el futuro, tome nota de su obligación de garantizar que la persona menor de dieciocho años tenga la oportunidad de expresar su posición sobre la propuesta presentada y sea efectivamente escuchada por quien haya de tomar la decisión (ver, en igual sentido, los votos n.ºs 194-08, de las 9:30 horas del 30 de enero de 2008 y 150-10, de las 8:20 horas del 27 de enero de 2010). No debe obviarse que se está en presencia de un derecho fundamental de carácter instrumental que, además, estructura la doctrina de la protección integral. En el voto n.º 171-09, de las 9:40 horas del 27 de enero de 2009, reiterado en el n.º 858-10, de las 8:40 horas del 29 de junio de 2010, esta Cámara puntualizó "(...) que la doctrina y legislación moderna sobre Niñez y Adolescencia ha sufrido un cambio radical al pasar de la doctrina de la situación irregular de las personas menores de edad a la doctrina de la protección integral, plasmada inicialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por nuestro país en 1990, y recogida en otros cuerpos normativos posteriores, por ejemplo el Código de la Niñez y la Adolescencia. Esta nueva doctrina conlleva una serie de garantías o derechos procesales de las personas menores de edad, tal como el derecho a ser escuchado. Dicha doctrina tiene como eje central una premisa básica de necesaria aplicación, tanto en lo procesal como en lo



sustantivo, y es precisamente la supremacía del interés superior del niño en toda decisión administrativa o judicial que involucre a dicho conglomerado social. La garantía de “ser escuchado” evidentemente no debe ser observada en todos y cada uno de los procesos en que el interés de una persona menor de edad está involucrado, pues esto llevaría al absurdo de entrevistar un bebé de pocos días de nacido. Además la manifestación de voluntad del niño no es vinculante para el juzgador, pues de ser así qué sentido tendría evacuar prueba y realizar valoraciones periciales como lo son el estudio social y psicológico, no obstante dicha manifestación de voluntad debe ser valorada con seriedad a la luz de la restante prueba de los autos, a fin de tomar la decisión que se ajuste al interés superior. La Convención sobre los Derechos de Niño contempla la doctrina de la evolución de las capacidades volitivas de las personas menores de edad, es decir, siempre y cuando no se trate de niños con limitaciones cognitivas y volitivas, se debe entender que conforme van “madurando” tienen derecho de participar con mayor intensidad en los asuntos que los involucran (...). En similar sentido, en los votos n.ºs 1606-04, de las 14 horas del 14 de setiembre y 2215-04, de las 10:20 horas del 14 de diciembre, ambos de 2004 se apuntó que “El niño y adolescente son sujetos de derecho en evolución de sus capacidades. Edad y madurez son términos esenciales para apreciar la participación de la persona menor de edad en los procesos que les atañen y en la ponderación de la opinión que expresen. Pero de ninguna manera puede concluirse en un asunto de este tipo que la declaración de una persona menor resulta nula por razón de su edad puesto que la opiniones y participaciones de las personas menores de edad deben potenciarse...”

La cita anterior expresa, de forma amplia, la importancia y trascendencia del derecho fundamental-procesal de las personas menores de edad a ser oídas.

Ahora bien, en la especie consta un escrito firmado, de puño y letra, por los menores [...], presentado en estrados el día siete de mayo de dos mil diez, en el cual piden al despacho de primera instancia se fije hora y fecha para ser escuchados en relación con el proceso. No obstante ello, dicho memorial no fue resuelto. Aunado a lo anterior, en la resolución apelada la jueza a-quo, a folio 1526, afirma: “...la opinión de dichos niños para los intereses del proceso resultaría viciada, tomando en cuenta que siempre han vivido con la madre desde la separación de la pareja, lo que ha facilitado a la madre para influir en el pensamiento y decisión de los menores, tomando en cuenta su antecedente penal por el delito de denuncia calumniosa. Además, debemos evitar la revictimización de los menores de edad, sobre todo en el caso de M. que ha sido sometida a múltiples valoraciones, y en el caso del niño RA., a nada conduciría escuchar su opinión si como se explicó la madre ha tenido a su favor que siempre ha vivido con ellos, desde la separación, situación que lógicamente le favorece porque ha podido influir en el ánimo, decisión y pensamiento del niño...”

Las manifestaciones supra citadas son francamente desafortunadas, no puede una jueza prejuzgar en torno a la calidad, pertinencia o veracidad de una eventual e hipotética opinión que no se ha vertido. Si se hubiera realizado la entrevista correspondiente y se procediera a ponderar su contenido, entonces sí se podrían aceptar conclusiones respecto de la opinión de las personas menores de edad. Sin embargo, no se escuchó a los niños y ni siquiera se resolvió la petición concreta que los mismos hicieron ante el juzgado de primera instancia.

No cabe duda que, haber contado con la opinión de los menores hubiera sido de suma importancia para la adecuada resolución de la especie. No es lo mismo basarse en suposiciones que en manifestaciones concretas que, si bien es cierto hay que estudiar, proporcionarían mayores elementos de juicio a la hora de resolver el asunto.

Consecuentemente, se ha cercenado el derecho fundamental de los menores a ser escuchados y de acceder a la Justicia. En tal razón se acoge este reproche.”

f) Derecho a la Imagen

[Sala Constitucional]⁶

“**V. SOBRE EL FONDO.** Al respecto, y tomando en cuenta lo mencionado en el considerando anterior, la Sala cambió, por completo, el criterio sostenido en la sentencia 2008-00218 de 11:10 horas de 11 de enero de 2008, para regresar a su línea jurisprudencial que, con más celo y robustez, ha protegido los derechos de los menores de edad sometidos a un proceso penal, haciendo ver que estos deben ser tratados, por las autoridades y por los sujetos de derecho privado, con especial cuidado, en virtud de hallarse en una posición de vulnerabilidad, dadas sus condiciones. Por consiguiente, se constata que al abandonar la postura sostenida en la sentencia 2008-00218 aludida, la Sala prohibió la publicación de imágenes como la publicada por el Diario La Prensa Libre el pasado 09 de julio de 2009. Por ende, no son de recibo los argumentos del recurrido en el sentido de que la publicación de la imagen ya había sido declarada como un hecho lícito por la Sala ya que la misma señaló, y de forma expresa, que varió, por completo, el criterio sostenido en la sentencia 2008-00218. Así, se le recuerda al recurrido el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que establece que: *“La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”*. Asimismo, en cuanto al argumento de que la persona que sale en la publicación en la actualidad es mayor de edad es importante mencionar que cuando se le tomó la foto se trataba de un menor de edad por lo que se le debe aplicar el cambio de criterio establecido por este Tribunal. En este sentido, se concluye que al variar el criterio sostenido por la Sala, también se cambió la posibilidad de publicar imágenes como la divulgada en el Diario La Extra y reproducida por el Diario La Prensa Libre.”

g) Derecho de los Menores de Edad de Conocer a sus Padres

[Tribunal de Familia]⁷

“**II.** El señor Alberto Vargas Ramírez se muestra inconforme con la sentencia de primera instancia, porque considera improcedente la modificación que hizo de oficio el Juzgado al convenio suscrito por él y su esposa, específicamente en cuanto dispuso que ambos progenitores compartirán la crianza y la educación de la menor hija del matrimonio. También está disconforme con el hecho de que en la sentencia se indique que se aumentará automáticamente la suma de alimentos para la hija, pues no se dispuso suma alguna por ese concepto. Además, está en desacuerdo con el hecho de que en la sentencia se hubiera dispuesto que “la señora Zajar Zajar concede autorización absoluta de su parte para que el suscrito pueda salir del país sin necesidad de estar ella autorizando mis salidas”, pues él no tiene limitación alguna en cuanto a la libertad de tránsito. **III.** Con relación al primer motivo de agravio, el apelante argumenta que la señora Zajar Zajar decidió voluntariamente establecerse en otro país y que en virtud de la lejanía, ella se encuentra imposibilitada para ejercer los atributos de la guarda, crianza y educación de la hija del matrimonio. Estima que a tenor del fallo impugnado, la adolescente tendría que estar cambiando de residencia cuando la madre así lo decida, lo que le provocaría inestabilidad emocional. Considera finalmente que aunque los juzgadores tienen la potestad de modificar algunos aspectos del convenio de divorcio, en el caso presente no se fundamentó en debida forma el cambio dispuesto. **El recurrente no lleva razón en el reclamo.** Sobre la falta de fundamentación que alega el recurrente, lo cual podría dar lugar a la nulidad del fallo, ha de indicarse que el Juzgado de primera instancia sí indicó el motivo que tuvo para modificar la cláusula suscrita por los esposos, cuando



indicó que “pese a que los promoventes han cumplido estrictamente con lo que disponen los artículos 60 del Código de Familia y 839 del Código Procesal Civil -en sus respectivos incisos 1)- sobre “la crianza y la educación de los menores”, debe aclararse que estos dos son atributos inherentes a la patria potestad que ambos comparten.” **IV.** Para poder comprender a cabalidad el problema que se presenta, es necesario indicar desde ahora que el convenio de divorcio suscrito por los cónyuges es absolutamente inválido en cuanto dispone que la madre “renuncia al régimen de visitas que le asiste con relación a la hija de ambos L.V.Z”, y, por consiguiente, que la homologación de este acuerdo en particular por parte del a-quo debe ser anulada. La posibilidad de anular este extremo del fallo se sustenta no sólo en el presupuesto material del derecho, que es revisable de oficio, sino también -y principalmente- en normas de carácter superior a la ley común, como lo son la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y la Adolescencia, por ser éstos instrumentos jurídicos que amplían la función tuitiva de los jueces de familia, en tratándose de asuntos que interesen a personas menores de edad. **V.** Tanto a nivel internacional y como a nivel local se reconoce a toda persona menor de edad el derecho de compartir con ambos progenitores, siendo además un deber estatal respetar los derechos y los deberes de los padres. En la Convención sobre los Derechos del Niño se establece claramente que los niños tendrán derecho a “conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos” (Artículo 7.1); y además que los Estados deben respetar los derechos y deberes de los padres “de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme con la evolución de sus facultades”, así como que los Estados deben poner el “máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.” (Artículos 14.2 y 18.1) Es a los dos progenitores a quienes incumbe la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, pero además los Estados se encuentran en la obligación de prestar la asistencia apropiada para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a esa crianza. (Artículo 18.1.2) Por su parte, en el Código de la Niñez y la Adolescencia se contempla que “las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos” (Artículo 30), así como que el padre y la madre “están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años.” (Artículo 29) El derecho de toda persona menor de edad de crecer y desarrollarse al amparo de ambos progenitores evidentemente no se trata de un derecho absoluto o ilimitado, pues en algunas circunstancias podría ser suprimido o al menos limitado. Sin embargo, la supresión o la limitación que pudiera tener este derecho de la persona menor de edad ha de ser dispuesta por un órgano jurisdiccional con vista del caso en particular, sin que sea permitido suprimirlo por la voluntad de los progenitores. Sobre este particular, los numerales 35 y 36 del Código de la Niñez y la Adolescencia contienen regulaciones precisas: “*Artículo 35. Derecho a contacto con el círculo familiar. Las personas menores de edad que no vivan con su familia tienen derecho a tener contacto con su círculo familiar y afectivo, tomando en cuenta su interés personal en esta decisión. Su negativa a recibir una visita deberá ser considerada y obligará a quien tenga su custodia a solicitar, a la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia, que investigue la situación. La suspensión de este derecho deberá discutirse en la sede judicial.*” “*Artículo 36. Causales de separación definitiva. Las causales que dan lugar a la separación definitiva de una persona menor de edad de su familia son las previstas en el Código de Familia, como causales de pérdida o suspensión de la autoridad parental. La suspensión o terminación de los poderes y deberes que confiere la patria potestad sólo puede ser decretada por un juez.*” Estas normas responden claramente al cambio de paradigma que se produjo con el paso de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, el cual se ve reflejado, entre otros, en los numerales 7, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. **VI.** Lo que más preocupa al recurrente de compartir atributos personales de la patria potestad con la madre, es el hecho de que ella ha decidido establecerse en otro país. Por un lado, es evidente que él tiene un error de concepto, pues en ningún momento el fallo recurrido ha dispuesto que la guarda sea compartida.



Por el otro lado, la residencia de los progenitores en estados diferentes no debe convertirse en un obstáculo para que la persona menor de edad pueda ejercitar sus derechos. En el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño esa problemática se encuentra prevista. Así, en el ítem 1 de dicho numeral, se dispone que “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, ante una situación 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.” Con relación a la residencia en Estados diferentes, el ítem tercero de esa misma norma contempla el deber de los Estados de respetar el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos, de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior; y en el numeral siguiente, el décimo, se establece un compromiso de los Estados de facilitar el ingreso y la salida de padres e hijos para que éstos puedan relacionarse personalmente. **VII.** Por todas las razones antes expuestas, y además porque en el artículo 141 del Código de Familia se establece que los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse, resulta evidente que la renuncia que hizo la madre del derecho de visitar a su hija en el convenio de divorcio es absolutamente improcedente. Es cierto que dicha norma establece que los padres pueden modificar -no renunciar- los atributos de la guarda, crianza y educación. Sin embargo, la lectura de esta norma no puede hacerse de forma aislada. La patria potestad de los hijos e hijas menores de edad habidos en el matrimonio siempre ha correspondido a ambos progenitores. Sin embargo, en épocas pasadas, en caso de conflicto entre el padre y la madre prevalecía lo que disponía el padre, mientras no fuere modificado por un juez a través de un proceso sumario. En tales circunstancias era evidente la conveniencia de que en aquellos casos en que los progenitores estuvieran separados y la madre detentara la custodia de sus hijos, no pudiera prevalecer la opinión del padre en todo asunto relacionado con la crianza y la educación de los hijos. Al día de hoy ya no rige la prevalencia de las decisiones del padre en caso de conflicto, sino que ambos progenitores ejercen la autoridad parental con iguales deberes y derechos. En tal virtud, si se presenta un conflicto, éste debe ser dirimido ante un juez, incluso sin necesidad de formalidades procesales ni con la exigencia de que se acuda con un profesional en derecho. (Artículo 151 del Código de Familia) La evolución de nuestra legislación y, sobre todo, la vigencia de normas de carácter superior, permite llegar a la conclusión de que ante un divorcio o separación por mutuo consentimiento, los progenitores pueden acordar cuál de ellos detendrá la custodia -o guarda- de sus hijos menores de edad. Pero la crianza y la educación no puede ser convenida a favor de uno solo de ellos, pues ambos son producto del ejercicio de los deberes que impone la patria potestad y ésta, como se reitera, es irrenunciable. **VIII.** La señorita L.V.Z. cuenta con la edad de trece años. En tal circunstancia, no solamente se encuentra bajo la autoridad parental de sus dos progenitores, sino que ella tiene derecho de seguir creciendo y desarrollándose al lado de ambos. Al divorciarse su padre y su madre, es preciso tomar una determinación sobre su custodia o guarda, y sobre este aspecto no existe controversia, pues ambos acordaron que tal atributo le corresponderá al padre. Lo que no puede hacerse es privarla de su derecho de compartir con su madre bajo la figura de la renuncia de ésta al derecho de visitarla. Al mismo tiempo, tampoco puede la madre voluntariamente abstraerse de la responsabilidad que le corresponde con relación a la crianza y a la educación de su hija. Con base en todo lo anteriormente expuesto, **SE ANULA** la sentencia recurrida únicamente en cuanto homologó la cláusula del convenio de divorcio en la que la señora Elena Zajar Zajar renunció a su derecho de visitar a su menor hija L.V.Z. , para en su lugar disponer que dicha cláusula no se homologa, y **SE CONFIRMA** la sentencia recurrida en cuanto dispuso que ambos progenitores compartirán el ejercicio de la patria potestad sobre su menor hija, incluyendo los atributos de la crianza y la educación; así como en cuanto homologó la cláusula que

dispone que la guarda le corresponde al padre. **IX.** El segundo motivo de agravio expuesto por el recurrente se relaciona con el hecho de que en la sentencia se indica que se aumentará automáticamente la suma de alimentos para la hija, pues no se dispuso suma alguna por ese concepto. Sobre este particular, resulta evidente la utilización indiscriminada de un formato preconfeccionado (machote) por parte del a-quo. Lo que se indica en la parte dispositiva de la sentencia es razonable y absolutamente procedente cuando se ha fijado un monto determinado de pensión alimentaria a favor de los hijos menores de edad, pues ello permite que si a futuro hubiera que ejecutar la sentencia en la sede alimentaria, dicha ejecución se inicie con un monto actualizado. No obstante, cuando nada se ha dispuesto sobre el monto de la cuota alimentaria, la aplicación de la fórmula preconfeccionada queda totalmente fuera de contexto. Por la razón expuesta, **SE ANULA** el fallo venido en alzada en cuanto dispone: "Esta suma sufrirá aumentos automáticos en los siguientes términos: Si el obligado es o llega a ser asalariado, el aumento será cada vez y en la misma proporción que el Estado decreta aumentos para el sector público o privado, según corresponda. Si el obligado es o llega a ser una persona no asalariada, el aumento será anual, en la misma proporción en que se incrementa el salario del oficinista uno, descrito en la Ley 7337. Asimismo, dentro de los primeros quince días del mes de diciembre de cada año, el obligado deberá cancelar una cuota adicional, igual a la que ordinariamente venga rigiendo, por concepto de aguinaldo." **X.** En el tercer motivo de agravio, el recurrente reclama el hecho de que no se hubiera homologado la cláusula mediante la cual la señora Zajar Zajar le permite a él salir del territorio nacional en compañía de la hija de ambos, sin necesidad de tener que otorgar autorización previa, en forma oral y/o escrita ante las autoridades migratorias de Costa Rica y el Patronato Nacional de la Infancia. **El recurrente lleva razón en el reclamo.** La redacción utilizada en el fallo se presta a confusiones, pues allí literalmente lo que se permite es que don Alberto pueda salir del país sin necesidad de contar con autorización de doña Elena. Esto ciertamente es innecesario pues al menos de momento, parece que él no tiene a su cargo una pensión alimentaria. En este aspecto, **SE REVOCA** el fallo recurrido, y **SE HOMOLOGA** la cláusula mediante la cual se autoriza al señor Alberto Vargas Ramírez para salir del país en compañía de la adolescente L.V.Z. sin necesidad de que la señora Elena Zajar Zajar tenga que otorgar autorización previa ante las autoridades migratorias de Costa Rica y el Patronato Nacional de la Infancia."

h) Derecho a la Educación

[Sala Constitucional]⁸

Como quedó debidamente expuesto la Sala ha indicado que en tales supuestos se debe practicar una prueba al menor que permita determinar si se encuentra en capacidad de ingresar al ciclo educativo formal obligatorio, toda vez que sus padres solicitaron que se le realizara la prueba para que fuera aceptada en el Jardín de niños El Roble, o bien para que sea ubicada en el nivel que corresponda. En consecuencia al habersele denegado la matrícula sin proceder conforme se ha indicado, se violentó el derecho a la educación de la menor, lo que conlleva a estimar el presente recurso.

Han sido reiterados los pronunciamientos de este Tribunal, en los que se ha ordenado la realización de las pruebas de aptitud a aquellos menores, que no reúnan la edad para ingresar a los centros educativos. Para citar sólo algunos del año pasado: las sentencias No. 8774-04, 8915-04, 8911-04, 8732-04, 8768-04, 8910-04, todos votados desde el 17 de agosto del 2004, No. 8784-04 del 26 de noviembre del 2004 y 8775-04 del 15 de diciembre del 2004. De lo anterior se desprende que el Ministerio recurrido ha tenido sobrado conocimiento de lo dispuesto por este Tribunal y por ello, ha contado con suficiente tiempo para preparar la prueba en cuestión. Del

informe rendido por el Ministro recurrido la Sala entiende que no tiene intenciones de cumplir con lo que ha venido disponiendo este Tribunal, por lo que se le advierte que su actuación podría devenir en el delito de desobediencia dispuesto en el artículo 71 de la Ley de esta jurisdicción, según la cual se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. En razón de lo expuesto el recurso debe estimarse, por lo que debe el Ministro recurrido girar las órdenes correspondientes para que se confeccione la prueba de aptitud que se requiere en estos casos, de manera que la Directora recurrida pueda aplicársela a la amparada en un plazo no mayor de 8 días hábiles a partir de la comunicación de la parte dispositiva de esta sentencia.

j) El Derecho de Ingreso al País de Menor de Edad Costarricense

[Sala Constitucional]⁹

Para la Sala, el presente caso resulta en verdad insólito, pues una madre reclama que a su hijo no se le permite reingreso al país, o que más precisamente, el ingreso se le haya condicionado al pago de la suma de ciento cincuenta dólares, mientras que por su lado, la autoridad recurrida acepta que el menor –cuya edad apenas supera el año- salió del país, pero curiosamente dice que no aparece ir acompañado por el padre, como lo afirma aquélla. Es muy lamentable que el Director de Migración no indique expresamente quién aparece acompañando al menor en su salida del país, pues se trata de un dato importante. Ahora bien, para la Sala resulta innecesario investigar más extensamente qué, en realidad, estuvo ligado a la salida del país del amparado y su eventual regreso. Y lo estima así, puesto que en el expediente quedan claras dos cuestiones esenciales que se resumen: **a)** por una parte, el menor aparece en los registros migratorios con una salida el día 20 de marzo anterior y no aparece con el respectivo regreso; y, **b)** por otro lado, su madre y promovente del recurso, reclama el derecho del menor a estar en el país, junto a ella, lo que no se ha producido al momento. Frente a ese panorama, tomando en cuenta la condición de un menor que como se dijo, apenas supera el año de edad, y la natural e íntima relación que debe existir a esas alturas entre madre e hijo, la Sala encuentra necesario estimar la pretensión que se le formula.

j) Protección Estatal de los Derechos del Menor de Edad

[Tribunal de Familia]¹⁰

“**CUARTO:** Antes de realizar el análisis del caso concreto es oportuno tener presente algunos de los votos que ha dictado la Sala Constitucional en torno a la tutela de los derechos de la familia y del menor: "La tutela de los derechos de la familia y del menor de edad ha sido abordada en múltiples oportunidades por esta Sala, así, mediante sentencia número 2002-11937 de las 14:35 horas del 17 de diciembre del 2002, se indicó:

“[...] VI. En lo que atañe al Derecho de los Derechos Humanos, es preciso indicar que la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones (...) establece una serie de Derechos a cualquier niño, independientemente, de su raza o nacionalidad (artículo 2°), tales como el derecho a ser cuidado por sus padres (artículo 7°) y el derecho a un “nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” (artículo 27). De la misma manera, ese



instrumento internacional le fija una serie de obligaciones a los Estados parte o signatarios, tales como la de velar “...porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos ... excepto cuando, a reserva de revisión judicial, ... tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (artículo 9° párrafo 1°) y atender toda solicitud, formulada por un niño o por sus padres, para entrar en un Estado parte o para salir de él en forma positiva, humanitaria y expedita (artículo 10, párrafo 1°). La Declaración Universal de Derechos Humanos de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, precisa en su artículo 16, párrafo 3°, que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (en idéntico sentido artículo 23, párrafo 1°, del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos de diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y seis). Por su parte, el artículo 25, párrafo 2°, de la supraindicada Declaración señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...” y, finalmente, en el artículo 24, párrafo 1°, se establece que “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. De las normas de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos transcritas, resulta, a toda luz, que los Estados tienen como deberes fundamentales la protección del interés del superior del niño, **evitando la desmembración del núcleo familiar y promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental [...]**”.

Por otra parte, en la Sentencia N° 2009-02577 de las doce horas y veintiséis minutos del diecisiete de febrero de dos mil nueve, esta Sala, en referencia al deber fundamental de los Estados de velar por la protección del interés del superior del niño, indicó lo siguiente:

[...] el Código de la Niñez y de la Adolescencia del seis de enero de mil novecientos noventa y ocho, Ley número 7739, dispone dentro de las obligaciones del Estado “...adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad.” (Artículo 4°). Asimismo, dicho cuerpo normativo establece en el artículo 13 el derecho de la protección estatal en los siguientes términos: “La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral. El [...], el Instituto Mixto de Ayuda Social y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social brindarán las oportunidades para la promoción y el desarrollo humano social, mediante los programas correspondientes y fortalecerán la creación de redes interinstitucionales, así como con las organizaciones de la sociedad civil que prevengan el abuso, el maltrato y la explotación, en sus distintas modalidades, contra las personas menores de edad”. De otra parte, el numeral 29 establece que “El padre, la madre o la persona encargada están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años.” Partiendo de lo dicho anteriormente, resulta claro que los Estados tienen como deber fundamental la protección del interés del superior del niño, protegiendo su imagen, identidad y procurando su libre y completo desarrollo mental, físico y psicológico [...]

De todo lo cual se desprende que, no sólo todo niño –sin discriminación alguna- tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. Sino que, los Estados tienen como deber fundamental la protección del interés superior del niño en toda situación, en cuenta, en los procesos de adopciones, tal como se detalla a continuación.

VI. Sobre materia de adopciones y protección del principio interés superior del menor: La Sala Constitucional, por medio de la sentencia número 1997-02052 de las dieciséis horas del quince de abril de mil novecientos noventa y siete indicó lo siguiente sobre los principios del régimen de la adopción:



[...] resulta indispensable examinar, desde una perspectiva general, los principios más importantes que fundamentan el instituto de la adopción, a partir de la reforma de 1995 al Código de Familia. Si se observa esa regulación, se colige que la adopción establece un vínculo de filiación -una forma jurídica de ser hijo- que tiene los mismos efectos y consecuencias que el vínculo que une a los padres e hijos consanguíneos -véase artículo 102 del Código de Familia-. De ahí que una de las modificaciones relevantes que introduce la reforma de 1995, sea el reconocimiento de una forma de adopción -cuyas características se asemejan a la de la adopción plena- que establece un vínculo de filiación con la familia adoptante, y extingue todo vínculo existente con la familia anterior; abandonándose así la clasificación de adopción plena y simple que establecía la ley anterior. El fundamento del régimen de la adopción, como lo expresa el artículo 100 del Código de Familia, es de carácter proteccionista. Partiendo de que actualmente se limita al máximo la figura de la adopción de mayores -artículo 109 inciso b) ibídem-, el carácter proteccionista de la adopción se dirige más que todo a la tutela de la familia, y específicamente, a la del interés superior del menor. Este principio que los diputados reconocen durante el proceso de aprobación de la Ley No.7538 de 22 de agosto de 1995, y que tiene asidero en lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política, influye en la elaboración de toda la legislación que se relaciona con asuntos que atañen directa o indirectamente al menor, con mayor intensidad, a partir de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, constituye un principio rector en materia de adopción, en la que el interés del menor -como expresa el artículo 137 del Código de Familia- prevalece en relación con los intereses que pudieran detentar los padres, guardadores y adoptantes. Del reconocimiento de ese principio que prioriza el bienestar del menor, surge el derecho de todo niño o niña de integrarse a una familia, como forma natural de convivencia humana. Ahora bien, la protección del menor se concreta en materia de adopción en el principio protector del menor en estado de abandono, que junto con la entrega voluntaria del niño ante el juez por causas justificadas, establecen los supuestos que determinan el estado de adoptabilidad del menor. La protección del menor desamparado o del que se encuentra en una situación que justifica suficiente y razonablemente su entrega a una persona o personas diferentes de los que ejercen la patria potestad y se encargan de su cuidado, autoriza a aplicar medios de protección subsidiarios o sustitutivos que la ley debe prever para proporcionar al niño o niña aquello de lo que carece, sea, un ambiente familiar idóneo para su bienestar y adecuado desarrollo. En ese sentido, la naturaleza protectora de la adopción y su condición de medio subsidiario, que hace que opere en caso de que el vínculo de filiación del menor se lesiona irreparablemente por una situación de desamparo u otras circunstancias relevantes, justifican la existencia de la filiación adoptiva como un instrumento creado por el derecho para solucionar el problema del menor carente de núcleo familiar, o del que teniéndolo, experimenta un estado de abandono por el inadecuado ejercicio de las funciones de asistencia que se le deben prestar. **La condición subsidiaria de la adopción también se deduce del principio regulado en el artículo 101 del Código de Familia, que reconoce el derecho de toda persona menor de edad de crecer, ser educada y atendida por su familia -principio de prioridad de la propia familia-. [...]**

De igual forma, en sentencia 2008-11262 de las 15 horas del 24 de agosto de 2008, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el deber de protección del Estado a la niñez. En la citada sentencia esta Sala resolvió -en lo que interesa- que:

[...] Sobre el interés superior del niño (a)-

En materia de los derechos especiales que tienen los niños se encuentran varias normas de rango constitucional, internacional e infraconstitucional; reconociéndose en todas ellas el interés superior del niño (a) como criterio de toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años. “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el



anciano y el enfermo desvalido” (...) le establece una serie de derechos a cualquier niño, independientemente, de su raza o nacionalidad (artículo 2º), tales como: el derecho a ser cuidado por sus padres (artículo 7º), el derecho a un “nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” reconociéndose a los padres como los responsables primordiales de proporcionarles las condiciones de vida necesarias para su desarrollo y el deber del Estado de adoptar “medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho” (artículo 27) y en caso de tratarse además de un niño (a) mental o físicamente impedido el derecho a “disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren dignidad, permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” además de “recibir cuidados especiales” (artículo 23). Por otro lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, precisa en su artículo 16, párrafo 3º, que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (en idéntico sentido artículo 23, párrafo 1º, del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966). Por su parte, el artículo 25, párrafo 2º, de la supraindicada Declaración señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...” y, finalmente, en el artículo 24, párrafo 1º, se establece que “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. De las normas de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos transcritas, resulta, a todas luces, que **los Estados tienen como deberes fundamentales la protección del interés superior del niño, evitando la desmembración del núcleo familiar y promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental en especial cuando el niño (a) requiere cuidados especiales**. Los derechos humanos o fundamentales y las obligaciones correlativas de los poderes públicos, han sido también, desarrollados en el plano infraconstitucional, tenemos así el Código de la Niñez y de la Adolescencia en general y la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, cuando se trate además de un niño (a) con necesidades especiales. Así, el Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley No. 7739) puntualiza que el norte interpretativo de toda acción pública o privada debe ser el interés superior del niño (artículo 5º). El ordinal 12 de ese cuerpo normativo estipula que el Estado deberá garantizar el derecho a la vida “con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral”. El numeral 29 establece la obligación del padre, la madre o la persona encargada de “velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años” y de “cumplir con las instrucciones y los controles que se prescriban para velar por la salud de las personas menores de edad bajo su cuidado” (artículo 45). Por su parte, además de todo lo dicho, cuando el niño (a) requiera de necesidades especiales en razón de su discapacidad entendida como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (artículo I de la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) es aplicable además los derechos de las personas discapacitadas, reconocidos también en normas internacionales (Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Ley N° 7948) y con rango legal la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad N° 7600, publicada en La Gaceta del 29 de mayo de 1996. Así pues, a las personas discapacitadas se les debe garantizar igualdad de oportunidades, mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad, en este sentido define el artículo 2 la estimulación temprana cuando dice que es toda aquella “atención brindada al niño entre cero y siete años para potenciar y desarrollar al máximo

sus posibilidades físicas, intelectuales, sensoriales y afectivas, mediante programas sistemáticos y secuenciados que abarcan todas las áreas del desarrollo humano..." y el artículo 13 de la Ley General de Salud No. 5395, del 30 de octubre de 1973 cuando reconoce el deber de los padres y el Estado de velar por la salud y el desarrollo de los niños: "Los niños tienen derecho a que sus padres y el Estado velen por su salud y su desarrollo social, físico y psicológico. Por tanto, tendrán derecho a las prestaciones de salud estatales desde su nacimiento hasta la mayoría de edad. Los niños que presenten discapacidades físicas, sensoriales, intelectuales y emocionales gozarán de servicios especializados.". En conclusión, luego de todo lo dicho es claro que a los niños le asisten una serie de derechos especiales y correlativamente al Estado y los padres o encargados de los niños le asisten una serie de obligaciones y deberes para con ellos, más aún cuando se trate de niños con necesidades especiales, todo lo cual tiene respaldos en numerosos instrumentos internacionales, en nuestra Constitución Política y en normas legales" (el destacado es suplido, ver Res. N° 2011005269. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas y catorce minutos del veintisiete de abril del dos mil once).

QUINTO: El Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, en sentencia de las veinte horas cincuenta y ocho minutos del treinta y uno de agosto del año dos mil once declaró con lugar la demanda de declaratoria de abandono con fines de adopción de la persona menor de edad MV, y extinguió a su progenitor, G, el ejercicio de la autoridad parental. Mantuvo el depósito judicial de la menor en el [...]. De esa sentencia se conoce en esta instancia por el recurso de apelación formulado por la señora M, quien impugna concretamente la decisión de mantener el depósito de la menor en el [...], alega, en síntesis, que como abuela de la menor se ofreció como recurso y que la pericia oficial destacó que cuenta con condiciones para asumir a su nieta. El agravio es de recibo. Esta integración del Tribunal respeta pero no comparte las consideraciones de la señora Jueza A-quo para mantener el depósito en el [...] y no en la abuela, se estima, en forma unánime, que debe dársele la oportunidad a la menor de no continuar institucionalizada, y crecer al lado de su abuela, la cual, como se destacó en el fallo y se enfatiza en el recurso de apelación fue valorada positivamente en el aspecto económico, material y habitacional, según el reciente dictamen psicosocial forense: "**La manutención del hogar está a cargo de la evaluada, quien la asume con ingresos propios de 800.000 colones mensuales, paga alimentación, servicios...gastos de vehículo propio...La vivienda que ocupa es propia, consta de sala, comedor, cocina, garaje...3 baños y 4 habitaciones...otro acondicionada para estudio y la otra se encuentra remodelándola para ubicar a MV. En general, se observa la casa en adecuadas condiciones de orden e higiene, se ubica dentro de un sector residencial con acceso a diferentes servicios públicos**", además en el aspecto psicológico se destacó: "**la señora M, los hallazgos señalan que cuenta con estabilidad psicológica, habilidades personales**", y la recurrente fue enfática en sus intenciones: "**Con relación a su compromiso con MV, la señora M reafirma que está en disposición de brindarle las atenciones a las necesidades que presente en los diferentes ámbitos, con relación al afecto considera que el compartir cotidiano puede fortalecer la incipiente vinculación afectiva de su parte** (destacado suplido, ver folios 83 a 87). Es indispensable recordar que el artículo 34 del Código de la niñez y la adolescencia, en lo que interesa, dispone categóricamente: "**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 a las personas con quienes mantenga lazos afectivos. Agotados estos recursos, se procederá a ubicarlo en programas que para este efecto debe promover el [...]**". La menor MV sufrió mucho, primero el abandono por parte de su madre, luego por su padre, eso es innegable, y por supuesto que genera preocupación la posibilidad de otra situación similar con la abuela paterna, máxime que en la pericia supracitada se puntualizaron algunas debilidades como por ejemplo: "**se identifican limitaciones en la expresión afectiva, lo cual dado a las necesidades emocionales de la niña resulta un área débil que no contribuye en**

fortalecer la condición psicológica de ésta", pero entre las alternativas actuales, que se reducen a mantenerla institucionalizada o permitirle vivir con su abuela, se estima que la menor, quien recientemente cumplió nueve años de edad, merece esta última oportunidad. No podemos predecir lo que ocurrirá en el futuro, pero se estima urgente que cambie del ambiente institucional, y confiamos en que la abuela con todas las características positivas que se han destacado y que ella misma la reiterado, le brinde el amor y apoyo, en todo sentido, que tanto necesita para superar los problemas que ha experimentado, tanto de conducta como de rendimiento académico. En consecuencia, en lo apelado, se revoca la decisión del depósito judicial de la persona menor de edad MV, el cual se hace recaer en la señora M, quien deberá apersonarse al Juzgado de Primera instancia para la aceptación del cargo, o hacerlo por escrito. Se estima urgente que se inicie la convivencia de la menor con su abuela, considerando que se aproxima la época de fin de año, con toda la carga emocional que implica, por lo que se ordena la entrega inmediata a la depositaria, en aras de permitir el fortalecimiento del vínculo entre ellas."

k) Protección Especial por parte del Juez al Menor de Edad. En Cuanto a los Poderes del Juez en la Decisión sobre los Derechos de Autoridad Parental.

[Tribunal de Familia]¹¹

"III La patria potestad es definido como el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral, desde la concepción, durante su minoridad y hasta su emancipación. El ejercicio de la patria potestad es la facultad de actuar en el ámbito de los aspectos inherentes a la vida y la persona de los hijos, que bien puede corresponder en forma conjunta, o en forma separada a uno o a otro progenitor, de acuerdo a las circunstancias o a la conveniencia de los menores. El ejercicio se traduce en la ejecución de atributos derivados de la autoridad parental como la guarda, crianza y educación, entre otros. La pretensión deducida en este sumario es el otorgamiento de la guarda crianza y educación al padre. Ante esta clase de conflictos, el derecho aplicable se extiende a una amplia gama de disposiciones de todo rango: normas constitucionales, instrumentos de derecho internacional ratificados por nuestro país como la Convención de los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código de Familia, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, entre muchos otros, los cuales consagran y desarrollan el nuevo concepto o paradigma del **interés superior del niño**. Dentro de esta nueva concepción, los derechos subjetivos de los niños son verdaderos derechos de obligatorio acatamiento, y en virtud de ellos el operador jurídico, en este caso el juez, tiene amplias facultades para decidir en atención a aquellos derechos. Una decisión sobre el otorgamiento de la custodia de un menor al padre o a la madre, para el ejercicio de los atributos de guarda y crianza derivados de la patria potestad, encierra un análisis cuidadoso y un estudio previo; no debe ser una decisión ligera ni únicamente de naturaleza legal, sino con intervención de aspectos medulares que es sabido inciden positiva o negativamente en el desarrollo de la personalidad de un sujeto en proceso de crecimiento y de formación, y por esa razón la nueva **doctrina de la protección integral** domina el espectro socio-jurídico de los derechos de menores, con la asunción de dispositivos para asegurar a la niñez el cumplimiento de sus derechos (véanse el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y los arts. 5, 23 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia)."

l) Protección Especial del Menor en el Caso de resultar Víctima de Delitos Sexuales

[Sala Tercera]¹²

"Finalmente, verificándose que a folio 203 constan las fotografías de la menor ofendida, en donde no sólo se aprecia la existencia de la lesión, sino que consta claramente su identidad, se ordena retirarlas del expediente y se adjuntan en sobre anexo, con la finalidad de proteger los derechos de la víctima. En ese entendido, se recuerda a la Jefatura del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, que en lo sucesivo se servirá girar las instrucciones correspondientes para que al realizarse la toma fotográfica de las lesiones presentadas por las personas ofendidas, -que aunque necesitan ser claramente identificables para cada caso,- deben tomarse procurando proteger la identidad de las personas menores de edad."

m) Protección del Menor de Edad durante su Declaración en el Proceso Penal

[Sala Tercera]¹³

"Se reclama el quebranto de los artículos 1, 181, 326, 328, 345 y 352 todos del Código Procesal Penal, por cuanto el tribunal obligó al imputado a abandonar la sala de juicio, indicando que la testigo Yariela Chaverri Mora era una menor de edad, por lo que debía procurársele privacidad al declarar, dadas las amenazas del acusado contra su persona, fundamentándose en el Código de la Niñez y la Adolescencia y en el artículo 352 del Código Procesal Penal, el cual, en criterio de la recurrente no se aplica al caso concreto, violentándose el derecho del acusado a escuchar a la testigo y cuestionarla a través de su defensor, comunicándose con éste, de conformidad con el artículo 345 ibídem, sin que pueda subsanarse la violación de garantías leyéndole al imputado lo que ella manifestó. ***El reclamo no es de recibo.*** Examinadas las constancias del proceso no se advierte violación alguna a los principios constitucionales de debido proceso y derecho de defensa del imputado en juicio. Consta en autos que la menor de catorce años, Yariela Chaverri Mora, fue ofrecida por el Ministerio Público como testigo de la causa incoada contra el imputado, recibiendo inicialmente su testimonio en presencia del imputado; sin embargo, el tribunal logró apreciar un excesivo nerviosismo en la testigo al momento de rendir su declaración, manifestando que ello se debía a las amenazas que había recibido de parte del acriminado, optando el tribunal y ante la petición de la misma Fiscalía, por ordenar que el justiciable abandonara la sala de juicio mientras se recibía la deposición de la menor, quedando representado por su defensora pública –ver acta de debate de folio 203 vuelto y sentencia de folios 290 vuelto y 291 frente y vuelto– Tal actuación del tribunal se muestra correcta y no solo no vulnera los derechos y garantías del acusado, sino que cumple en forma exacta con las disposiciones procesales vigentes y la legislación especial dictada, en procura de la protección de los menores de edad. Así, el numeral 212 del Código Procesal Penal, al regular los testimonios especiales, determina que, cuando deba recibirse testimonios de mujeres, de menores agredidos o de personas agredidas sexualmente, sin perjuicio de la fase en que se encuentre el proceso, el Ministerio Público o el tribunal, en su caso, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas, aplicándose la misma regla, cuando algún menor deba declarar por cualquier motivo, recogiendo esta norma el principio contenido en el artículo 126 del Código de la Niñez y la Adolescencia, sobre las condiciones que deben rodear la recepción de los testimonios de menores



ofendidos, a efecto de garantizar su estabilidad emocional y su espontaneidad en el momento de efectuar su declaración. Tales indicadores tienen su génesis en la Convención sobre los Derechos del Niño, la que creó “un marco de referencia dentro del cual se inscribe la doctrina de la protección integral de los menores, que por su rango constitucional es de obligada observancia. Desde esa óptica cualquier acción, pública o privada, deberá tomar en cuenta el interés superior del menor, garantizándoles sus derechos en un ambiente físico y mental sano a los fines de procurar su pleno desarrollo personal” – ver artículos 3.1.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia- recomendándose rodear al menor de las condiciones óptimas para que pueda rendir su declaración en forma libre y espontánea, sin que reciba influencias negativas de algún agente externo, que afecten la veracidad y fidedignidad de su testimonio –ver Voto número 191-99 de las 9:25 horas del 19 de febrero de 1999. Sala Tercera– Por ello, la circunstancia de que, en el caso que nos ocupa, el imputado no presenciara la declaración de la testigo Chaverri Mora, no solo no rompe el principio de igualdad procesal, sino que tampoco vulnera su derecho de defensa, en el tanto quedó plenamente representado por su defensora –la aquí recurrente- a quien nunca le fueron limitadas sus facultades para un eficiente ejercicio de su función. Pero en todo caso, una vez que el acusado fue impuesto por el tribunal de la declaración de la testigo, si en algún momento pudo considerar que pese a esa consideración, su defensa material se vio perjudicada ante su salida del recinto donde se desarrollaba el juicio, estuvo en plena capacidad de comunicárselo a su abogada defensora, y esta, solicitar a los juzgadores que trajeran nuevamente a la testigo para que aclarara los aspectos específicos de interés para el inculpatado, dentro del ejercicio de la defensa tanto material como técnica, lo que no ocurrió en la causa de comentario, siendo que la recurrente no ha logrado concretar la esencialidad del agravio que reprocha, determinando en qué se pudieron ver afectados los intereses de su representado, o bien qué aspectos de la declaración de la menor pudieron ser rebatidos si al imputado se le hubiera permitido mantenerse dentro de la sala de juicio, al momento de rendir aquella su testimonio. Por ello, **sin lugar** el reclamo.”

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 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 962 de las ocho horas con cuarenta minutos del dieciseis de junio de dos mil cuatro. Expediente: 03-400065-0385-FA.
- 2 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 2207 de las nueve horas del catorce de diciembre de dos mil cuatro. Expediente: 00-400621-0186-FA.
- 3 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 629 de las nueve horas con veinte minutos del ocho de mayo de dos mil siete. Expediente: 04-001375-0292-FA.
- 4 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1180 de las diez horas con cincuenta y cuatro minutos del veintiseis de octubre de dos mil once. Expediente: 11-000429-687-FA.
- 5 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 151 de las diez horas del cuatro de febrero de dos mil once. Expediente: 00-400601-0187-FA.
- 6 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 227 de las once horas con un minuto del ocho de enero de dos mil diez. Expediente: 09-010240-0007-CO.
- 7 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 173 de las ocho horas con veinte minutos del veinte de febrero de dos mil seis. Expediente: 05-001047-0364-FA.
- 8 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 5513 de las quince horas con siete minutos del diez de mayo de dos mil cinco. Expediente: 05-000511-0007-CO.
- 9 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 10132 de las quince horas con cuarenta y nueve minutos del catorce de setiembre de dos mil cuatro. Expediente: 04-008554-0007-CO.
- 10 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1192 de las trece horas con diecisiete minutos del ocho de noviembre de dos mil once. Expediente: 10-000515-0673-NA.
- 11 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 960 de las once horas con cuarenta minutos del nueve de julio de dos mil tres. Expediente: 01-401354-0187-FA.
- 12 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1177 de las diez horas del veintidos de noviembre de dos mil dos. Expediente: 01-200236-0369-PE.
- 13 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 998 de las nueve horas del diecinueve de octubre de dos mil uno. Expediente: 99-000234-0072-PE.