



## Jurisprudencia sobre Abandono de Menores de Edad

<b>Rama del Derecho: Derecho Familia</b>	<b>Descriptor: Menores</b>
<b>Palabras Clave: abandono, depósito de menor, vulnerabilidad,</b>	
<b>Fuentes: Jurisprudencia.</b>	<b>Fecha de elaboración: 19 de agosto 2014</b>

El presente documento contiene jurisprudencia reciente sobre el abandono de menores, incapaces y grupos en vulnerabilidad, emanada de la Sala Constitucional, la Sala Tercera y el Tribunal de Familia.

### Contenido

<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	1
<b>1. MUERTE POR FALTA DE TRATAMIENTO</b> .....	1
<b>2. INNECESARIA RELACIÓN DE PARENTESCO</b> .....	4
<b>3. DEPÓSITO DE MENOR CON SUS GUARDADORES Y NO CON SUS ABUELOS</b> .....	4
<b>4. MEDIDA DE CUIDO TEMPORAL EN ALBERGUE DEL PANI DE DESAMPARADOS</b> .....	5
<b>5. COMPETENTE PARA CONOCER MEDIDAS DE PROTECCIÓN CUANDO SE REFIERE A PERSONAS MENORES DE EDAD</b> .....	16
<b>6. COMPETENTE PARA CONOCER MEDIDAS DE PROTECCIÓN CUANDO SE REFIERE A PERSONAS MENORES DE EDAD</b> .....	19

### JURISPRUDENCIA

#### 1. MUERTE POR FALTA DE TRATAMIENTO

[Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia]<sup>i</sup>

Voto de mayoría:

V.-El error de comprensión culturalmente condicionado: Resulta indudable que el problema que fue sometido a conocimiento del tribunal a quo fue sumamente arduo lo

que en realidad se terminó por dilucidar no fue otra cosa más que el comportamiento de los progenitores del menor ofendido de no procurar atención médica para él y asegurar de esa manera una eficaz ayuda para evitar el cuadro de salud que terminó por quitarle la vida. Expuestas de ese modo las cosas no resulta justificable, y así lo considera esta Sala, que con la base en ninguna creencia religiosa, se permita que una persona muera por considerar que los tratamientos médicos contradicen la voluntad de Dios. Sin embargo, y como quedó expuesto en el anterior considerando, el problema jurídico sometido a conocimiento de la Sala no es ni la presunta atipicidad de la conducta o de la ausencia de antijuridicidad, sino que correctamente examinado el reclamo lo que se pretende es establecer que el Tribunal de mérito no realizó adecuadamente el juicio de reproche tomando en cuenta los elementos exigidos para ello por el Código vigente. En relación con estos elementos, resulta indispensable iniciar el examen de este problema, indicando que en la especie concurren todos los elementos propios de un error vencible (artículo 35 del Código Penal). Este error afecta la comprensión de la antijuridicidad y, de allí, la interiorización del carácter ilícito del hecho. Cuando este error es invencible siempre impide la comprensión de la antijuridicidad, pero también impide esta comprensión ya sea porque afecta el conocimiento; o, en otros casos, dicho conocimiento existe pero no puede exigirse la comprensión de la antijuridicidad; entendida esta última como un interiorizar, un "hacer suya" la pauta normativa. En el caso concreto estima la Sala que existía conocimiento de la ilicitud, máxime como lo tiene probado el a quo, cuando los acusados fueron anteriormente creyentes de la fe católica. Desde esa perspectiva lo que puede resultar afectado es, indudablemente, la comprensión de la antijuridicidad. El error de comprensión funciona en aquellos casos, como el presente, donde el sujeto que actúa le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos, pero, a pesar de eso, no le es exigible la internalización de ese conocimiento. Desde este punto de vista, el error de comprensión es una forma de error de prohibición. Este error puede ser "culturalmente condicionado" cuando el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha interiorizado valores y pautas diferentes a las de aquel grupo, y a pesar de que le es exigible conocerlos no podemos pedirle que las interiorice, que las haga suyas. Por supuesto que éste es, en primer lugar, un problema de prueba, y también de valoración judicial de una serie de factores como lo son la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento (antropológico y sociológico) acumulado en relación con las pautas de conducta y a los valores de ese grupo, etc.; todos estos aspectos vuelven a subrayar la necesidad de establecer el "concepto" de culpabilidad como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto. El voto de mayoría del Tribunal a que concluyó que la muerte se produjo por una broncomía cuyo proceso se vio acelerado por la profunda desnutrición que presentaba el niño. La relación típica se produjo al existir una omisión de los padres de proveer el tratamiento médico necesario para permitir salvar la vida al infante [...]. Según lo establecido por la sentencia, un padecimiento de broncomía no podía curarse sin auxilio médico, y si este auxilio no se prestó, en modo alguno podía justificarse por tener un culto religioso distinto, ya que como la misma sentencia lo indica la Constitución Política protege la libertad de cultos pero siempre y cuando dichos cultos no se opongan a la moral universal y a las buenas costumbres. De manera que la incidencia del culto religioso distinto se analiza en el nivel de interiorización de la pauta normativa. Existe prueba suficiente, valorada por el a quo directamente, que establece sin lugar a dudas, que, a pesar de ser la imputada creyente de la fe católica años antes de convertirse al nuevo credo, ésta por su educación

formal precaria y por la situación de relativo aislamiento que tenía la comunidad a la que pertenecía era posible que se construyera para sí misma una interiorización de valores religiosos extremos y distintos a los de la colectividad que pudieron incidir en la decisión que al final tomó contra el menor. En este sentido, la sentencia se equivoca al establecer que un fallo que aplique un criterio como el solicitado por la fiscalía sería "...un funesto precedente" [...] ya que analizar para el caso concreto la concurrencia de un error vencible de comprensión es, específicamente, el reconocimiento de una serie de circunstancias personales del agente que lo llevaron a la comisión del hecho. La sanción tiene en esta sede una función preventiva general y especial; el primero de los objetivos se satisface con la imposición de la pena ya que advierte a la comunidad que este tipo de hechos tienen una reacción por parte del Estado, pero el fin de prevención especial no se satisface con la mera condena en cuanto sanción ante un hecho sino, antes bien, como una respuesta del Estado que ha examinado las circunstancias concretas del caso que motivaron el hecho punible o que pudieron afectar la interiorización de las pautas normativas. No podemos exigirle a la acusada que interiorice estos valores cuando está de por medio un cálculo de los posibles peligros del alma inmortal de su hijo frente a las imposiciones de la Ley terrenal, esto no es desaplicar para el caso concreto la ley estatal, todo lo contrario, es tomar atención que la acusada estaba haciendo una medición del enfrentamiento de bienes jurídicos que le impedía una correcta apreciación de la pauta normativa, así las cosas, aunque su error era claramente vencible por su situación particular (haber sido católica antes), también no puede pasar desapercibido para nosotros que la [imputada] estaba tomando en cuenta las circunstancias de una nueva creencia religiosa con la que estaba comprometida, no solo por una convicción personal que quedó patente en las incidencias del proceso, sino también al comprobar lo que dijo el líder religioso y el resto de los testigos sobre el particular. Este "pastor" o "líder" explicó claramente que la pareja había actuado conforme a la pauta normativa que venía "directamente" de Dios y, por ello no podían temer nada. Esto último hace ver a esta Sala que el culto dicho no es una simple "conciencia disidente" que nunca va a impedir la aplicación de una ley penal, sino que más que eso es un credo, una pauta normativa diversa, una interiorización distinta que ha afectado la comprensión del carácter ilícito del hecho que exige nuestra ley penal para poder imponer un pena. Por encontrarse el sentenciado [...], padre del menor fallecido, en las mismas condiciones y circunstancias que su esposa, la imputada [...], es de rigor aplicar el efecto extensivo a que se refiere el artículo 455 del Código Procesal Penal, y en consecuencia se resuelve en su favor en todos los alcances de lo aquí dispuesto con relación a la segunda [...]. En virtud de lo anterior, y aplicando correctamente la ley sustantiva, debe declararse la existencia de un error de comprensión de parte de los imputados [...], conforme lo dispone el artículo 35 del Código Penal. Siendo éste superable o vencible, cabe observar las reglas de dosificación penal que señala el artículo 79 ibid y reducir al mínimo de la pena establecida en el tipo penal de Abandono Agravado de Incapaz que es de seis años, a tres años, que los condenados deberán descontar, previo abono de la preventiva que hubiesen sufrido, en el lugar y forma que determinen las leyes vigentes. Lo anterior por tomarse en consideración que se trata de delincuentes primarios, además de ser personas jóvenes, padres de otro menor (de meses de edad) y que el delito que cometieron fue producto de la inducción derivada de sus condiciones personales de analfabetismo y aislamiento social y demográfico en el que se encontraban."

## 2. INNECESARIA RELACIÓN DE PARENTESCO

[Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia]<sup>ii</sup>

Voto de mayoría

"I.-[...]. En el único extremo, se reprocha la errónea aplicación de los artículos 1, 30, 45 y 142 del Código Penal, al estimar el recurrente que para ser sujeto activo del delito de abandono de incapaces, se requiere que el deber de cuidado sea impuesto por ley o por contrato y en este caso el deber que existe no es legal, sino más bien de índole moral, ya que la relación entre imputado y ofendido es la de convivir, así como la situación de que el ofendido cuidó al [imputado] cuando era niño, de manera que no existe el deber de cuidado que tutela el artículo 142 ibídem, por lo que se ha dado una errónea aplicación del derecho de fondo, al no ajustarse la conducta del encartado al tipo penal. El motivo no procede. El recurrente no se conforma con la base fáctica contenida en el fallo, al pretender modificar los hechos tenidos por demostrados con el objeto de dar sustento a su reproche, lo que no es viable en un alegato de esta naturaleza. Por otra parte, no obstante lo expuesto corresponde señalar que el argumento del recurrente al considerar que el imputado no tenía la obligación de cuidar o mantener al ofendido al darse entre ellos únicamente una relación de convivencia, no resulta atendible, ya que la obligación de cuidado contenida en la norma no surge sólo de una relación de parentesco sino también de una situación de hecho y en el presente caso, el juzgador no condenó al encartado con fundamento en la existencia de una relación familiar entre [él] y el ofendido, sino con sustento en las específicas condiciones que rodearon el suceso, entre las que señala "el aceptar la responsabilidad de cuidar a una persona, que no puede valerse por sí misma hace que nazca la obligación, misma que en este caso aceptó el imputado en razón de que el ofendido fue la persona que lo llevó a bautizar y lo crió, por lo que además de un deber meramente moral adquirió también la obligación de no desamparar al ofendido, de quien el propio imputado aceptó recoge y administra la pensión que el ofendido recibe del Estado"."

## 3. DEPÓSITO DE MENOR CON SUS GUARDADORES Y NO CON SUS ABUELOS

[Tribunal de Familia]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría

" **III.-** [...] Como se ve de sendos informes, la niña K.O. está en excelentes condiciones en el hogar formado por los señores Julio Esquivel Vega y Gilka Tatiana Quintero Montero, tanto en lo afectivo como en lo material. Se denota que ha existido una empatía plena entre la niña y dichos señores, a los cuales la menor los reconoce como sus figuras paterna y materna. Por otro lado, hay pleno interés de los señores Esquivel Vega y Quintero Montero de continuar con los trámites para la adopción de dicha menor. En realidad la niña a los únicos que conoce como sus padres, y su familia, es a los señores Julio Esquivel Vega y Gilka Tatiana Quintero Montero, y sus respectivas familias, si bien es cierto, han llegado al proceso sus abuelos maternos, éstos no han tenido ningún contacto con la niña, más aún, a lo largo de los informes de

trabajo social que en su momento se ordenaron en este proceso, ellos indicaron su interés de tener contacto con la niña, pero también indicaron la posibilidad de asumirla siempre y cuando no la asumieran otras personas. En este sentido pueden verse los informes de folios del 94 al 97 realizado por el Patronato Nacional de la Infancia, y del 113 al 121 realizado por el Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial. Este Tribunal difiere con la jueza a quo en torno a la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Ley número 5251 y los diferentes fallos que se mencionan de la Sala Constitucional respecto a la materia indígena, esto por una simple y sencilla razón, la niña si bien tiene sus raíces indígenas, en ningún momento ha crecido en la comunidad de sus abuelos, esta sería una realidad totalmente extraña para ella. Nótese como se expuso anteriormente, la niña nace, su madre la abandona, se institucionaliza, y al año y cinco meses de nacida, es depositada hasta la fecha en el hogar de los señores Julio Esquivel Vega y Gilka Tatiana Quintero Montero. Su realidad concreta es el hogar en que ha crecido, su familia es la de dichos señores, sin perjuicio de que en su momento, cuando ella lo decida, tendrá todo el derecho de tener relación con sus raíces y su familia biológica, pero no se considera que en las condiciones actuales, sea lo más beneficioso para ésta, que sea depositada con sus abuelos. Debe reiterarse que este Tribunal en ningún momento ignora la importancia de la regulación legal de los asuntos indígenas y su aplicación en casos en que proceda, sin embargo, se reitera, que para la situación que se presenta, en este caso no son aplicables, ya que está por encima de todo, el interés superior del niño, en este caso el interés superior de la menor K.O.T.M. (Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño y artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia), y así debe declararse.-

IV .- Como corolario de lo anterior, debe procederse revocando en lo apelado la sentencia venida en alzada, y en su lugar, debe ordenarse el depósito judicial de la menor K.-

#### **4. MEDIDA DE CUIDO TEMPORAL EN ALBERGUE DEL PANI DE DESAMPARADOS**

[Sala Constitucional]<sup>iv</sup>

Voto de mayoría

**....II.-Objeto del recurso.** La recurrente acude a esta Sala en tutela del Interés Superior del menor xxxxxxxxxxxx, particularmente por el derecho a la vida, toda vez que el Patronato Nacional de la Infancia emitió la resolución del dieciocho de mayo de dos mil diez, en la que dictó Medida de Cuido Temporal a favor del amparado en el señor Rigoberto Gómez Ruiz, ello a pesar de que las autoridades del Hospital Nacional de Niños expresamente indican que debido a los hechos que ocasionaron la hospitalización del menor, no es conveniente que éste sea devuelto a su familia.

III .-Cuestión de trámite. La coadyuvancia presentada. El señor Rigoberto Gómez Ruiz, en su condición de tío abuelo del menor xxxxxxxxxxxx , se apersona en escrito visible a folio 61 como coadyuvante pasivo por tener interés directo en la resolución de este asunto. En cuanto a la naturaleza jurídica de la coadyuvancia, la Sala, en sentencia número 3235-92 de las nueve horas veinte minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y dos, reiterada en varias ocasiones como por ejemplo en la

sentencia número 2007-003185 de las diez horas cuarenta y siete minutos del nueve de marzo del dos mil siete, dijo que:

*“La coadyuvancia es una forma de intervención adhesiva que se da cuando una persona actúa en un proceso adhiriéndose a las pretensiones de alguna de las partes principales, como consecuencia está legitimado para actuar como coadyuvante quien ostente un interés directo en el resultado del recurso, pero al no ser actor principal, el coadyuvante no resultará directamente afectado por la sentencia, es decir, la eficacia de ésta no podrá alcanzarle de manera directa e inmediata, ni le afecta la condición de cosa juzgada del pronunciamiento, aunque en materia de amparo pueda favorecerle la eficacia de lo resuelto, debido al carácter “erga omnes” que tiene la Jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional)”*

A partir de lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el artículo treinta y cuatro de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se acepta la gestión de esta persona y se le admite como coadyuvante pasivo en lo que respecta de manera particular y puntual al objeto concreto de este recurso de amparo, bajo la advertencia de que no resultará directamente beneficiado por la sentencia, con lo cual la eficacia de ésta no podrá alcanzarle de manera directa e inmediata.

**IV .- Sobre el interés superior del niño.** El interés superior del niño se encuentra reconocido en el numeral 3 inciso 1 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual indica:

*“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 nivel nacional el interés superior del menor se encuentra contenido en el artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que indica:

*“Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.*

*La determinación del interés superior deberá considerar:*

*Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.*

*Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.*

*Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.*

*La correspondencia entre el interés individual y el social.”*

Así, los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, siendo posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. De esta

manera, este principio dispone una limitación, una obligación de carácter imperativo para las autoridades, 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. Por ende, esta disposición obliga a diversas autoridades a estimar el interés superior del niño como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, ya que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así las cosas, el principio del interés superior del niño permite resolver conflictos de derechos recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto en la que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En ese sentido, en la sentencia número 2008-010298 de las dieciséis horas veintitrés minutos del diecinueve de junio de dos mil ocho, esta Sala indicó:

*“ III .-SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD: LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO dispone: Artículo 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. Artículo 9. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. El CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Artículo 19.- Derecho a protección ante peligro grave Las personas menores de edad atenderán el derecho de buscar refugio, auxilio y orientación cuando la amenaza de sus derechos conlleve grave peligro para su salud física o espiritual; asimismo, de obtener, de acuerdo con la ley, la asistencia y protección adecuadas y oportunas de las instituciones competentes. Artículo 34.- Separación del menor: La medida de protección tendiente a remover temporalmente del seno familiar a la persona menor de edad sólo se aplicará, cuando la conducta que la originó sea atribuible a alguien que conviva con ella y no exista otra alternativa. Cuando la conducta motivadora de la medida se origine en un delito de lesiones o uno contra la libertad sexual atribuible a alguien que conviva con la persona menor de edad perjudicada, la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia u otra institución o persona pública o privada que conozca de estos hechos, deberá solicitar a la autoridad judicial la orden para que el imputado abandone el domicilio, según el Código de Procedimientos Penales y las medidas de protección contempladas en el artículo 3 de la Ley contra la Violencia Doméstica, No. 7586, de 10 de abril de 1996. Si no existiere otra alternativa que remover de la casa al niño para su ubicación*

*temporal, deberá tenerse en cuenta, en primer término, a la familia extensa o las personas con quienes mantenga lazos afectivos. Agotados estos recursos, se procederá a ubicarlo en programas que para este efecto debe promover el Patronato Nacional de la Infancia. Siempre deberá informarse al niño, en forma adecuada a su etapa de desarrollo, sobre los motivos que justifican la aplicación de la medida cautelar y escuchará su opinión. Artículo 130.- Causas para medidas de protección: Las medidas de protección a las personas menores de edad serán aplicables siempre que los derechos reconocidos en este Código sean amenazados o violados por una de las siguientes causas: a) Acción u omisión de la sociedad o el Estado b) Falta, omisión o abuso de los padres, tutores, encargados o responsables c) Acciones u omisiones contra sí mismos. Artículo 136.- Medidas para padres o responsables Serán medidas aplicables a los padres o responsables de personas menores de edad, las siguientes: a) Remitirlas a programas oficiales o comunitarios de protección a la familia. b) Remitirlas a programas oficiales o comunitarios de apoyo, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos. c) Remitirlas a un tratamiento psicológico o psiquiátrico. d) Obligarlas a matricularse y observar su asistencia y aprovechamiento escolares ”.*

*V.-Sobre la competencia del Patronato Nacional de la Infancia. La Constitución Política ha establecido que el Patronato Nacional de la Infancia es la institución autónoma encargada de la protección especial de los menores de edad. Al respecto, en reiterados pronunciamientos, este Tribunal ha resuelto, en lo conducente:*

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

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

*“Artículo 19.-*

*Derechos del Niño.*

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

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

*“Artículo 3*

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

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

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

*“Artículo 9*

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

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

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

*(...) “*

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

*“Artículo 19*

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

*Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución,*

*investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial .”*

En el ámbito infraconstitucional, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley Nº 7648 de nueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, establece que dicha institución tiene como fin primordial proteger, especialmente, y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, como elemento natural y pilar de la sociedad (artículo 1º), atendiendo uno de los principios que informan esta materia, cual es la tutela del interés superior del niño o niña (artículo 2º de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y artículo 5º del Código de la Niñez y la Adolescencia). Sobre el particular, el Código de la Niñez y la Adolescencia establece que las personas menores de edad no podrán ser separadas de sus familias, salvo en circunstancias especiales, y las medidas que se adopten tendientes a remover al menor de su seno familiar sólo se aplicarían cuando la conducta que originó la separación, sea atribuible a alguien que conviva con el menor (artículos 33 y 34). Asimismo, sostiene el Código que al remover al menor de su domicilio para su ubicación temporal en otro sitio, se debe tener en cuenta a su familia extensa o a quienes mantengan con él lazos afectivos (artículo 35). De igual manera, el artículo 133 del referido cuerpo normativo, faculta al Patronato Nacional de la Infancia que ante la amenaza grave o violación de alguno de los derechos consignados en el Código, se inicie un proceso especial de protección, ya sea de oficio o por denuncia presentada por cualquier persona o autoridad. Por último, cabe señalar que es necesario hacer ver que el Patronato Nacional de la Infancia tiene la potestad de tomar medidas cautelares una vez que haya tenido noticia de algún acto o omisión que perjudique los derechos de los infantes. Lo anterior, con el propósito de velar por el interés superior del menor y que por la duración del proceso no se le vaya a poner en un mayor peligro. Posteriormente, se debe seguir el trámite del procedimiento brindando las garantías procesales a todas las partes intervinientes, para que las mismas puedan ejercer su derecho de defensa (véase en este sentido la sentencia número 2007-003702 de las once horas doce minutos del dieciséis de marzo del dos mil siete).

**VI.-Sobre el interés superior del menor y la familia. Uno de los principios esenciales que vino a establecer la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobado en 1990 por la Ley 7184, es la presunción** de que el interés superior del niño es permanecer con sus padres, siempre que ello sea posible, según los artículos 7 y 9, y que los padres tienen la responsabilidad primordial de criar a sus hijos, lo cual deben ejercer de conformidad con el interés superior del niño, los derechos recogidos en la Convención y la evolución de las facultades del niño (artículos 5 y 18) (véase en ese sentido sentencia 2004-014949 de las once horas cuarenta minutos del 24 de diciembre del 2004). En ese sentido debe leerse nuevamente el numeral 9 de la Convención transcrito en el considerando anterior. Por su parte, el artículo 20 de la Convención citada establece:

*“Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”. “Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, ... la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”*

La Sala ha reconocido que para garantizar el desarrollo armonioso y equilibrado del menor, es preciso que éste crezca en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión y por tal motivo, en atención al concepto del interés de que ello sea posible, y velar que los padres cumplan con la responsabilidad primordial de criar a sus hijos, lo cual deben ejercer de conformidad con el interés superior de éstos. No obstante, el niño podrá ser separado de sus padres (contra su voluntad), únicamente a manera de excepción, para proteger su integridad física y emocional, cuando se tenga debidamente acreditado que es víctima de maltrato o descuido. Asimismo, el Estado tiene la obligación de brindar protección y asistencia, particularmente a menores que se encuentren en esta situación, como la ubicación temporal en instituciones adecuadas para su protección, o en hogares sustitutos, e incluso a través del instituto de la adopción. De acuerdo con lo anterior, debe entonces quedar claro que, excepcionalmente, el niño podrá ser separado del lugar donde reside, si es necesario para asegurar su protección (véase en ese sentido sentencia 2004-014949 de las once horas cuarenta minutos del veinticuatro de diciembre de dos mil cuatro). Así, la Sala ha reconocido que uno de los derechos del niño es a la vida familiar en la vertiente específica de la permanencia con la familia natural; sin embargo, también ha admitido que la tutela de ese derecho ocupa un plano subordinado en virtud de la preeminencia del interés superior del menor de edad que es el pilar del derecho internacional de los derechos humanos en materia de menores y con fundamento en ello es que se obliga a considerar con mayor rigurosidad la protección de los derechos de xxxxxxxx, en este caso su derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y emocional, por encima del derecho de sus padres o de su familia natural (véase en sentido similar sentencia 2003-002793 de las catorce horas cincuenta y un minutos del ocho de abril de dos mil tres). Así las cosas, en la especie lo que corresponde a este Tribunal es determinar, en atención al interés superior del menor, si a éste le beneficia más mantenerse con su familia biológica en atención los intereses particulares de sus familiares o por el contrario si le conviene más permanecer en el lugar en el que actualmente se encuentra, al cuidado de las hermanas del Hogar Divina Misericordia. De esta manera, los derechos fundamentales de xxxxxxxx, que resultan involucrados en el examen de este caso son por una parte su derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y emocional, cuya tutela, en principio, procura asegurar el Patronato Nacional de la Infancia, y de otra, a permanecer con su familia biológica. Lo anterior, en el caso concreto, toma especial relevancia toda vez que, cuando se trata de la protección de la vida, salud e integridad del menor, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que esa tutela debe ejercerse aun frente a su familia natural (ver en sentido similar sentencia 2003-002793 de las catorce horas cincuenta y un minutos del 8 de abril del 2003), lo cual, sin duda alguna, implica que esos derechos se han de anteponer al de permanecer con su familia biológica en aras de proteger su interés superior y para ello los artículos 12 y 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia establecen la protección al derecho a la vida y el derecho a la protección estatal contra cualquier forma de abandono o abuso que afecte el desarrollo integral del niño, así como en el 24 que protege el derecho a la integridad física, psíquica y moral del menor.

VII .-Sobre el caso concreto. En el caso bajo estudio, se tiene que el día veintinueve de noviembre de dos mil nueve, el menor xxxxxxxx fue encontrado por los miembros de la Cruz Roja en el Motel Cabinas La Maravilla localizado en Macacona de Esparza y trasladado al Hospital Monseñor Sanabria en Puntarenas, donde al ser aproximadamente las ocho horas treinta minutos contactaron a las autoridades del Hospital Nacional de Niños para trasladarlo, debido a que, en ese momento, tenía un

puntaje en la escala de Glasgow de 7, lo que significa que el niño estaba en coma, sin posibilidad de respirar, moverse o hacer ningún esfuerzo individual por su vida a excepción de mantener la frecuencia cardiaca. Se indicó, en ese momento, su estado de salud era tan delicado a consecuencia de haber sufrido una caída de aproximadamente un metro de altura mientras lo bañaban, hipótesis que como se verá, fue posteriormente descartada por las autoridades médicas del Hospital Nacional de Niños y por la Medicatura Forense del Organismo de Investigación Judicial. Al ser las once horas quince minutos de ese mismo día, el amparado fue recibido en la sala de shock del Hospital Nacional de Niños, donde en la valoración primaria se encontró a un paciente intubado con un tubo número 5, taquicardiaco (frecuencia cardiaca por arriba de 80 latidos por minuto), hipertenso y con francos datos de deterioro de su función hemodinámica con llenado capilar mayor a 3 segundos, frío distalmente y con equimosis perianal y puntaje de Glasgow de 6. Subsecuentemente, de los estudios realizados en ese momento, se halló lo siguiente: línea de derrame pleural izquierdo (sangrado en el tórax), múltiples fracturas costales de la 5 a la 9 del lado izquierdo. En la tomografía de cráneo se documentó: no fractura de cráneo, lesión intracraneal con hemorragia subaracnoidea difusa, datos de edema cerebral. En la tomografía de tórax se documentó: contusión pulmonar basal posterior izquierda. Que durante la valoración secundaria se documentaron los siguientes hallazgos: rostro con equimosis (moretones) en la frente y alrededor del ojo izquierdo, en el fondo del ojo se determina papildema balilateral y hemorragias retinianas en flama bilaterales, estigmas de moretones en el dorso (espalda), equimosis gigante en ambos glúteos, equimosis perianal. Debido a ello, el menor fue llevado a la sala de operaciones por el equipo de neurocirugía quienes realizaron los siguientes procedimientos: ventriculostomía derecha y colocación de dispositivo para la medición de la presión intracraneala. Con base en dichos diagnósticos es que el equipo de trauma del Hospital Nacional de Niños consignó en el expediente médico que: “Dado la violencia masiva de las lesiones y de la gravedad de su condición la historia de caída del niño no es sustentable (...) Por lo anterior la historia brindada no es sustentable (...) Todas las lesiones expuestas ponen en riesgo inminente de muerte al paciente”. La anterior afirmación la destaca el Médico Asistente Especialista de la Unidad de Trauma del Hospital Nacional de Niños en el informe rendido bajo juramento a folio 99 en el que indica: “Desde la perspectiva del equipo médico, las lesiones neurológicas son compatibles con lesiones intencionales cometidas por una persona adulta con acceso al niño de forma cercana (...). Sus lesiones implican un grado de violencia extrema contra un menor como él, y bajo ninguna circunstancia son compatibles con lo expuesto en primera instancia ante las autoridades de Puntarenas en donde se señalan que “...fueron debidas a la caída desde una pila”. El menor continuó internado en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Nacional de Niños, donde se vio sometido a varios procedimientos quirúrgicos entre ellos: una traqueostomía el trece de diciembre de dos mil nueve, colocación de una derivación ventrículo peritoneal el quince de diciembre de dos mil nueve, una gastrostomía el veintiuno de diciembre de dos mil nueve. El amparado fue egresado el trece de enero de dos mil diez después de cuarenta y seis días de internamiento, en los que, de su familia, solo recibió visita el segundo día de internado de parte de su abuela paterna y en dos ocasiones de su abuela materna. Aunado a ello, al menor se le diagnosticó una hemiparesia izquierda (parálisis del lado izquierdo de su cuerpo), patología que en el informe rendido bajo juramento a folio 97 el propio médico tratante expone que fue resuelta en meses posteriores a su egreso en forma importante dada la persistencia de sus cuidadores en el Hogar Divina Misericordia y del equipo de rehabilitación del Hospital, ya que actualmente él camina con un grado muy importante de asistencia lo

que implica que es totalmente dependiente del cuidador, lo que reafirma a folio 101 cuando indica: “Él ha avanzado en forma muy importante y considero que ha ido por la persistencia de sus cuidadoras actuales mismas que han mostrado un serio compromiso de asistencia integral y que han estado atentas a sus cambios y necesidades pero que también han sido férreas en su rehabilitación”. Aunado a ello, cuando el amparado fue egresado, lo fue con citas de control en los servicios de Neurología, Neurocirugía, Oftalmología, Gastroenterología, Fisiatría y en la Unidad de Trauma, lo que evidencia que quien esté al cuidado del bebé deberá disponer de tiempo y de las condiciones económicas necesarias para brindarle continuidad en sus terapias, tratamientos y citas, pues es claro que a pesar de que ya no se encuentra internado, todavía el proceso de recuperación no se ha concluido y es vital para su correcto no sólo los problemas físicos sino además las secuelas emocionales. En virtud de ello, su médico tratante expone en el informe rendido bajo juramento a folio 100 que: *“No debe perderse la visión de que xxxxxx es un sobreviviente de un ataque masivo, del cual la mayoría de nuestros pacientes cuando enfrentan tal violencia no sobreviven y por ende debe ser el ambiente más seguro. Un ambiente en el cual se tenga la mayor certeza posible de que no va a sufrir ningún tipo de abuso y de que el riesgo es el mínimo. Un ambiente que le permita crecer como ser humano y cicatrizar en todas las formas que requiere de la manera más comfortable, en donde se tengan los recursos necesarios para hacer de esto una causa cada día. No existe razón alguna par que él haya sufrido de un ataque tan brutal la primera vez como para someterlo eventualmente a un ambiente en el cual pueda presuntamente sufrir algún otro, por segunda ocasión”*. Resulta evidente de la prueba aportada en autos que estas razones no fueron tomadas en consideración por la Oficina Local de Desamparados del Patronato Nacional de la Infancia, ya que pretenden entregar al niño a su tío abuelo quien tal, como se evidenció en el elenco de hechos probados, vive con la progenitora, quien actualmente se encuentra siendo investigada por la Fiscalía Adjunta de Puntarenas por el delito de Tentativa de Homicidio Calificado (causa número 09-206728-431-PE). Aunado a ello, en el informe rendido bajo juramento por el médico tratante a folio 99 del expediente, este indica que *“las lesiones masivas a su cerebro pudieron ser prevenidas mediante denuncia o si la madre hubiese buscado atención médica sin embargo no fue así (...)”*. Es así, como esta Sala concluye que actualmente el lugar en el que debe estar el amparado no es con su tío abuelo que vive con su madre y que no se logró probar que tenga un trabajo estable, pues es vendedor de perfumes y cuadros de cerámica (véase en ese sentido folios 269-270 del expediente administrativo), ello a juicio de este Tribunal implicaría que la vida del menor estaría en riesgo al estar expuesto a quien actualmente se investiga por Tentativa de Homicidio.

**VIII .-Sobre la actuación del Patronato Nacional de la Infancia.** Según se desprende de los autos, la intervención del Patronato Nacional de la Infancia en este caso concreto, inició a raíz de una denuncia referida por el Servicio de Trabajo Social y el Comité del Niño Agredido del Hospital Nacional de Niños que ingresó en la Oficina Local de Puntarenas el 30 de noviembre del 2009 y mediante la cual se ponía en conocimiento la situación de agresión sufrida por el bebé xxxxxx. La primera intervención de esta institución se da por la Oficina Local de Puntarenas, en la que se abrió el expediente administrativo número 631-00065-09. Posteriormente, el cinco de enero de dos mil diez, las autoridades del Patronato Nacional de la Infancia de Puntarenas, se reunieron con el personal del Hospital Nacional de Niños, reunión en la que acordaron buscar un hogar temporal para que el amparado pudiera egresar lo más pronto posible mientras que la Oficina Local del PANI identifica el recurso permanente. Como corolario de la

investigación y la coordinación mantenida por los funcionarios del PANI sede Puntarenas con el personal del Hospital Nacional de Niños, la Trabajadora Social Zeneida Espinoza Moraga, redactó un informe social en el que expuso: “....De acuerdo con dictamen médico forense, el niño tenía lesiones en su cuerpo, las cuales fueron propinadas en diferentes momentos, previos a las que generó su internamiento en condición de gravedad, **por lo que se presumen que la persona menor de edad a cargo de los progenitores se encuentra en situación de riesgo inminente, independientemente del resultado del proceso penal (...). De conformidad con el artículo 160, inciso c) del Código de Familia por encontrarse la persona menor de edad en riesgo social procede el inicio declaratoria judicial de estado de abandono de xxxxxxxx y pérdida de patria potestad de los progenitores Gregory Álvarez Arias y Amalfin Barrios Hernández**” (el subrayado y la negrita no son del original). En vista de lo anterior, mediante resolución de las quince horas del ocho de enero de dos mil diez, la Oficina Local de Puntarenas del Patronato Nacional de la Infancia dispuso, como medida especial de protección, el abrigo temporal del amparado en la organización Hogar de la Divina Misericordia. Posteriormente, el caso del amparado fue trasladado a la oficina local de Desamparados del PANI, la cual, en resolución de las doce horas del veintiséis de marzo de dos mil diez, el Patronato Nacional de la Infancia, ordenó valorar los nuevos recursos familiares y comunales ofrecidos por los progenitores, razón por la cual valoraron al señor Rigoberto Gómez Ruiz, quien se propuso el quince de abril de dos mil diez como depositario del menor y a quien su madre, estando privada de libertad, avaló. En ese sentido, se tiene que se realizaron dos visitas, la primera el quince de abril y la segunda el diez de mayo de dos mil diez, al hogar del señor Gómez Ruiz, para, posteriormente, el dieciocho de mayo de dos mil diez, recomendar dejar sin efecto la Medida de Abrigo Temporal del amparado en el Hogar Divina Misericordia y dictar Medida de Cuido Temporal a favor del menor amparado en el señor Rigoberto Gómez Ruiz, ello toda vez que estimó que este recurso de ubicación era el idóneo para el niño, orque la institución parte del supuesto de que el interés superior del niño es únicamente el de estar en su núcleo familiar, siendo precisamente tal decisión la que se impugna en este amparo. Ahora bien, es cierto que la Sala ha reconocido que uno de los derechos del niño es a la vida familiar en la vertiente específica de la permanencia con la familia natural; sin embargo, también ha admitido que la tutela de ese derecho ocupa un plano subordinado en virtud de la preeminencia del interés superior del menor de edad, que es el pilar del derecho internacional de los derechos humanos en materia de menores y, con fundamento en ello, es que se obliga a considerar con mayor rigurosidad la protección de los derechos del menor xxxxxx, en este caso su derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y emocional, por encima del derecho de sus padres o de su familia natural (véase en sentido similar sentencia 2003-002793 de las catorce horas cincuenta y un minutos del 8 de abril del 2003). No puede perderse de vista que si bien es cierto existe el derecho natural a permanecer con la familia, en el caso concreto, debe tomarse en cuenta que el amparado tiene derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física y emocional, cuya tutela, en principio, debería ser procurada por el Patronato Nacional de la Infancia. En cuanto a la protección de la vida, salud e integridad del menor, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, estipula que esa tutela debe ejercerse aun frente a su familia natural (véase en sentido similar sentencia 2003-002793 de las catorce horas cincuenta y un minutos del 8 de abril del 2003), lo cual, sin duda alguna, implica que esos derechos se han de anteponer al de permanecer con su familia biológica en aras de proteger su interés superior. Lo anterior debe ser relacionado también con los artículos 12, 13 y 24 del Código de la Niñez y la

Adolescencia que establecen, respectivamente, la obligación del Estado a la protección al derecho a la vida de la persona menor de edad, la protección estatal contra cualquier forma de abandono o abuso que afecte el desarrollo integral del niño, así como la protección al derecho a la integridad física, psíquica y moral del menor. De igual manera, el artículo 36 del Código de la Niñez y Adolescencia, permite la separación permanente del niño de su familia cuando la gravedad de las circunstancias así lo ameriten; medida que, en todo caso, corresponde adoptarla en definitiva al Juez de Niñez y Adolescencia. De esta manera, si bien la Sala ha admitido que a pesar de que la regla es la conservación del grupo familiar, esta regla puede ser alterada a través de una reacción estatal (véase sentencia 2003-2793 de las catorce horas cincuenta y un minutos del ocho de abril del dos mil tres), es evidente que, en el caso concreto, debido a la gravedad de las lesiones que se le propinaron al amparado, no existe posibilidad objetiva y real de que el niño permanezca en el núcleo familiar y, por ende, es necesario que, en aras de proteger su derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y emocional, se de una injerencia estatal que en modo alguno puede ser considerada excesiva y que la lógica impone que debe ser tendiente a proteger esos derechos, no a vulnerarlos o amenazarlos, que es lo que se estima que ha ocurrido en el caso concreto con la decisión adoptada por la Oficina Local de Desamparados el 18 de mayo anterior al disponer que el niño debía ser ubicado en el hogar del señor Rigoberto Gómez Ruiz, siendo lo peor aún, que se haya adoptado esa consideración sólo por el hecho de contar con un supuesto vínculo familiar el cual, según se desprende de autos, nunca fue comprobado que realmente existiera, considerándose que con tal decisión se da una amenaza a los derechos a la vida, salud e integridad física y emocional del niño. En ese sentido, se observa que el informe médico ha indicado expresamente que “con respecto a la ubicación del menor debe de privar un estudio profesional integral, (BIO/PSICO/SOCIO/LEGAL) con énfasis en lo social” (folio 100), el cual no se observa que se hubiera realizado en el caso concreto. Aunado a ello, tal y como se desprende del análisis realizado en el considerando anterior, son las propias autoridades del Hospital Nacional de Niños las que estiman que el contexto familiar no es el idóneo y, además, la sede de Puntarenas del Patronato Nacional de la Infancia expresamente también indicó que éste no es un recurso seguro para el menor. No entiende esta Sala cómo una sede de la misma institución que fue la que atendió el caso en primera instancia y estuvo en contacto con los médicos durante el proceso de curación del menor, vierte un criterio que, posteriormente, contradice otra sede de la misma institución. No puede, de ninguna manera, este Tribunal ignorar lo resuelto por la oficina local del PANI de Puntarenas, pues fue ésta la que atendió inicialmente el caso del amparado y la que sostuvo una coordinación con el Hospital Nacional de Niños.

IX .-Esta Sala no pierde de vista que la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad –artículo 51 de la Constitución Política-, sin embargo, también estima que ésta no puede definirse tomando como único criterio la consanguinidad, sino que debe además tomarse en consideración el vínculo afectivo y de protección que garantice el desarrollo sano del menor. El papel que desempeña la familia en el desarrollo de un niño, pues éste en sus primeros años no puede valerse por sí mismo. De ahí que el Estado pueda tomar la decisión bajo circunstancias excepcionales, de separar al menor de su familia natural, lo que incluso reconoce el numeral 9 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en aras de proteger el interés superior de éste e incluso asignarle una nueva familia que sea capaz de otorgarle el ambiente necesario para su correcto desarrollo. De lo esbozado en el considerando anterior, que se basa en la prueba técnica aportada al expediente, este Tribunal concluye que la el tío abuelo no es

la persona idónea para que se le otorgue la custodia del amparado, habida cuenta que él habita con la progenitora del menor, quien como se mencionó anteriormente, está siendo investigada por Tentativa de Homicidio. Además, se tiene que el menor ha demostrado grandes avances médicos en el Hogar de la Divina Misericordia donde se encuentra actualmente, por lo que se estima que lo mejor para él es continuar al cuidado de dichas monjas, o bien en algún hogar en el que se le garantice la continuidad de sus cuidados. Ahora bien, es menester resaltar que esta Sala no pretende suplantar a la autoridad judicial competente para decidir finalmente cual será el destino del amparado, sino que ante lo apremiante de la situación y una decisión tomada por el Patronato Nacional de la Infancia sin contar con todos los criterios y estudios necesarios, se procede a ordenar que la situación del menor se mantenga como está actualmente, ya que se demostró fehacientemente que el amparado se encuentra bien y se le están dando los cuidados necesarios para su pleno desarrollo y superación de los traumas físicos y psicológicos, no obstante, esta orden es cautelar en la medida en la que le corresponderá, finalmente, al Juez de Niñez y Adolescencia, que es el especializado en esta materia, determinar de manera definitiva cuál será la mejor ubicación para el niño.

X.-En este caso resulta de vital importancia señalar que en el Juzgado de Niñez y Adolescencia recientemente se ha iniciado la tramitación de un proceso de Declaratoria de Abandono (Vulnerabilidad) a favor de la persona menor de edad, aquí amparado, xxxxxxxxxxxx con fines de adopción, el cual se ha tenido por establecido en ese Despacho Judicial mediante resolución de las quince horas veinte minutos del veinticinco de junio del dos mil diez y se está tramitando en expediente número único 10-000275-0673-NA. Según ha informado la recurrente, este proceso ha sido iniciado por una pareja que se muestra interesada en adoptar el niño, quienes inclusive han solicitado como medida de protección, urgente y necesaria, el depósito provisional del niño en su hogar con el fin de hacer efectivo su derecho a la salud, a la integridad física y emocional así como a la calidad de vida. Bajo esta perspectiva, observa la Sala que ya existe una autoridad judicial competente que está conociendo sobre el caso y que, dada la naturaleza del proceso que se ha sometido a su conocimiento, se deben valorar otras opciones para la protección del niño y para definir su situación jurídica de manera definitiva, que son diferentes y probablemente más viables que la decisión administrativa que ha sido cuestionada en esta sede y que, como se ha indicado, nunca fue puesta en conocimiento de la autoridad judicial competente como debió haber sido a pesar de la gravedad que implicaba. Por tales razones, será, en esa sede, donde se deberá determinar, de manera definitiva, la situación jurídica del menor, lo cual se deberá hacer atendiendo que el interés superior del menor en los términos indicados supra y su derecho de preservar la vida, la salud y la integridad física y emocional.

##### **5. COMPETENTE PARA CONOCER MEDIDAS DE PROTECCIÓN CUANDO SE REFIERE A PERSONAS MENORES DE EDAD**

[Sala Constitucional]v

Voto de mayoría

**“III.- Sobre la competencia del PANI.-**

Para el análisis del caso bajo estudio, conviene tener presente lo dispuesto por la Sala en reiterados precedentes, sobre la competencia del Patronato Nacional de la Infancia:

*"Io.-El legislador Constituyente en aras de proteger a la madre y al menor, creó con rango Constitucional, el Patronato Nacional de la Infancia, convirtiéndola en la Institución rectora, por excelencia, de la niñez costarricense. Este sentimiento expresado en esta norma, está indudablemente unido también al interés de proteger a la familia como uno de los pilares fundamentales de nuestra sociedad. Los artículos 51 y 55 preceptan pues, dos de los valores más arraigados de nuestro pueblo, valores que gracias a la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hoy son compartidos a nivel mundial, existiendo consenso sobre el deber del Estado de proteger siempre, el interés superior del menor. (Sentencia N°227-93 de las doce horas treinta y seis minutos del 15 de enero de 1993).*

Asimismo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño -ratificada en 1990 por Ley N°7184-, establece que la familia es el "...grupo bienestar de todos sus miembros, y en particular de los "niños" y "que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". Uno de los principios esenciales que vino a establecer la Convención de cita, es la presunción de que el interés superior del niño es permanecer con sus padres, siempre que ello sea posible, según los artículos 7 y 9, y que los padres tienen la responsabilidad primordial de criar a sus hijos, lo cual deben ejercer de conformidad con el interés superior del niño, los derechos recogidos en la Convención y la evolución de las facultades del niño (artículo 5 y 18). Al respecto, el artículo 9 de la citada Convención, establece:

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

Asimismo, el artículo 20 ídem señala:

*"Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado". "Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, ...la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores".*

Por último, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia N°7648, dispone en su artículo 4, inciso m):

*Las atribuciones del Patronato Nacional de la Infancia serán:*

*m) Disponer en forma provisional de la guarda y crianza de los menores de edad, en aras de proteger su interés superior.*

Como queda claro de la transcripción de las anteriores normas, para garantizar el desarrollo armonioso y equilibrado del menor, es preciso que éste crezca en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Por tal motivo, y en atención al concepto del interés superior del niño, es que el Estado debe procurar que éste permanezca con sus padres, siempre que ello sea posible, y velar que éstos cumplan con la responsabilidad primordial de criar a sus hijos, lo cual deben ejercer de conformidad con el interés superior del menor. No obstante, el niño podrá ser separado de sus padres (contra su voluntad), únicamente a manera de excepción, para proteger su integridad física y emocional, cuando se tenga debidamente acreditado que es víctima de maltrato o descuido. Asimismo, el Estado tiene la obligación de brindar protección y asistencia, particularmente a menores que encuentren en esta situación, como la ubicación temporal en instituciones adecuadas para su protección, o en hogares sustitutos, e incluso a través del instituto de la adopción. De acuerdo con lo anterior, debe entonces quedar claro que, excepcionalmente, el niño podrá ser separado del lugar donde reside, si es necesario para su asegurar su protección.

**IV.-**En el caso que nos ocupa, de los informes rendidos por los representantes del Patronato Nacional de la Infancia -que se tiene dado bajo fe de juramento, con las consecuencias incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta jurisdicción-, y la prueba que obra en autos, se concluye que la actuación del PANI, encuentra fundamento en la normativa citada anteriormente, así como en lo dispuesto en el artículo 55 de la Carta Magna, que le ordena otorgar una protección especial a los menores. En efecto, según informe social de fecha 11 de agosto del 2006 elaborado por la Trabajadora Social de la Oficina Local del Patronato Nacional de la Infancia, se detectó que los menores amparados aparentemente eran objeto de abuso sexuales. De lo anterior se puso en conocimiento a la Oficina Local del PANI, y el 17 de agosto del 2006 las autoridades accionadas dispusieron en forma provisional la guarda de las niñas en el Albergue Los Cocos y al niño en el Albergue Cielo Amarillo, Medida de Protección y Abrigo Temporal, además, la anterior situación generó una denuncia penal por abuso en perjuicio de los menores de edad. Posteriormente, por resolución de las 15:03 hrs. del 13 de setiembre de 2006, la oficina local ordenó ubicar a los menores en el Hogar Vista del Mar y suspender provisionalmente las visitas del recurrente a sus hijas e hijo. De igual modo, se informó a los padres de la menor sobre la posibilidad de impugnar la resolución de cita, y que efectivamente el recurrente ejerció su derecho de apelación, recurso que se encuentra pendiente de resolver. Finalmente, tampoco se demostró que los menores amparados estén siendo agredidos por funcionarios del Albergue del PANI, prueba que de todas formas no corresponde realizarse por la vía del amparo. Así las cosas, estima la Sala que en el caso de marras, la actuación de la institución recurrida se ajusta a derecho, toda vez que ante una situación como la descrita, el Patronato Nacional de la Infancia está en la obligación de intervenir, y de ubicar a los menores en riesgo en un lugar seguro, hasta tanto se defina su situación, por lo que no resulta irrazonable para esta Sala la medida de abrigo temporal que acordó esa institución, especialmente en razón de la emergencia que significa el estado de riesgo en que presuntamente se encontraban los menores, lo que justifica la adopción de medidas rápidas y eficaces en su beneficio.

**V.-**Asimismo, se observa que el recurrente lo que pretende es que esta Sala ordene al PANI egresar a los menores amparados del Albergue Vista del Mar, lugar donde se encuentran actualmente y entregárselos a él, asunto donde esta Jurisdicción no tiene competencia, no solo porque la determinación de a quien corresponde la guarda y

crianza de los hijos es de los tribunales ordinarios, sino porque las medidas de protección dictadas a favor de menores es competencia del Órgano Constitucional creado al efecto, a saber, el Patronato Nacional de la Infancia, en los términos en que se dijo. Si lo que el recurrente pretende es que esta Sala revise lo actuado en sede administrativa en torno al expediente de los menores, ello resulta absolutamente improcedente, toda vez que -según se dijo- para ello se han habilitado, constitucional y legalmente, las vías pertinentes para llevar a cabo dicho análisis. Admitir la intromisión de esta Sala en asuntos encomendados a la Administración por disposición expresa de la Constitución, equivaldría a usurpar funciones que no le han sido conferidas, amén de constituirse en un medio de ordinariar la vía sumaria, si bien sumarísima, del amparo, lo cual no resulta viable ni legalmente permitido. De tal suerte que será ante las propias autoridades recurridas, como bien lo han hecho la petente, ante quienes se debe plantear, discutir y resolver su inconformidad, más no en esta sede que no es la habilitada para tales efectos. Aclara la Sala, que dichas medidas son disposiciones cautelares para proteger a los menores sólo válidas provisionalmente, en tanto el juez de familia interviene y resuelve definitivamente, ya que de lo contrario podría resultar que por un acto administrativo se decidiera sobre la guarda, crianza y educación de los menores. De modo que, una vez adoptada ese tipo de medidas, como en este caso, el Patronato debe acudir, dentro de un término razonable, a la vía jurisdiccional respectiva y someter a conocimiento del juez la medida acordada para que éste se pronuncie al respecto. Por lo expuesto, debido a la incompetencia de esta Sala para atender la petitoria del recurrente ya que no se observa que el PANI haya actuado arbitrariamente, el recurso debe desestimarse como en efecto se hace.”

## **6. COMPETENTE PARA CONOCER MEDIDAS DE PROTECCIÓN CUANDO SE REFIERE A PERSONAS MENORES DE EDAD**

[Sala Constitucional]<sup>vi</sup>

Voto de mayoría

### **“III.-Sobre la competencia del PANI.-**

Para el análisis del caso bajo estudio, conviene tener presente lo dispuesto por la Sala en reiterados precedentes, sobre la competencia del Patronato Nacional de la Infancia:

*“Io.-El legislador Constituyente en aras de proteger a la madre y al menor, creó con rango Constitucional, el Patronato Nacional de la Infancia, convirtiéndola en la Institución rectora, por excelencia, de la niñez costarricense. Este sentimiento expresado en esta norma, está indudablemente unido también al interés de proteger a la familia como uno de los pilares fundamentales de nuestra sociedad. Los artículos 51 y 55 preceptan pues, dos de los valores más arraigados de nuestro pueblo, valores que gracias a la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hoy son compartidos a nivel mundial, existiendo consenso sobre el deber del Estado de proteger siempre, el interés superior del menor. (Sentencia N°227-93 de las doce horas treinta y seis minutos del 15 de enero de 1993).*

Asimismo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño -ratificada en 1990 por Ley N°7184-, establece que la familia es el “...grupo bienestar de todos sus miembros, y en particular de los “niños” y “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Uno de los principios esenciales que vino a establecer la Convención de cita, es la presunción de que el interés superior del niño es permanecer con sus padres, siempre que ello sea posible, según los artículos 7 y 9, y que los padres tienen la responsabilidad primordial de criar a sus hijos, lo cual deben ejercer de conformidad con el interés superior del niño, los derechos recogidos en la Convención y la evolución de las facultades del niño (artículo 5 y 18). Al respecto, el artículo 9 de la citada Convención, establece:

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

Asimismo, el artículo 20 ídem señala:

*"Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado". "Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, ...la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores".*

Por último, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia N°7648, dispone en su artículo 4, inciso m):

*Las atribuciones del Patronato Nacional de la Infancia serán:*

*m) Disponer en forma provisional de la guarda y crianza de los menores de edad, en aras de proteger su interés superior.*

*Como queda claro de la transcripción de las anteriores normas, para garantizar el desarrollo armonioso y equilibrado del menor, es preciso que éste crezca en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Por tal motivo, y en atención al concepto del interés superior del niño, es que el Estado debe procurar que éste permanezca con sus padres, siempre que ello sea posible, y velar que éstos cumplan con la responsabilidad primordial de criar a sus hijos, lo cual deben ejercer de conformidad con el interés superior del menor. No obstante, el niño podrá ser separado de sus padres (contra su voluntad), únicamente a manera de excepción, para proteger su integridad física y emocional, cuando se tenga debidamente acreditado que es víctima de maltrato o descuido. Asimismo, el Estado tiene la obligación de brindar protección y asistencia, particularmente a menores que encuentren en esta situación, como la ubicación temporal en instituciones adecuadas para su protección, o en hogares sustitutos, e incluso a través del instituto de la adopción. De acuerdo con lo anterior,*

debe entonces quedar claro que, excepcionalmente, el niño podrá ser separado del lugar donde reside, si es necesario para su asegurar su protección.

**IV.-** En el caso que nos ocupa, de los informes rendidos por los representantes del Patronato Nacional de la Infancia -que se tiene dado bajo fe de juramento, con las consecuencias incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta jurisdicción-, y la prueba que obra en autos, se concluye que la actuación del PANI, encuentra fundamento en la normativa citada anteriormente, así como en lo dispuesto en el artículo 55 de la Carta Magna, que le ordena otorgar una protección especial a los menores. En efecto, según informe social de fecha 11 de agosto del 2006 elaborado por la Trabajadora Social de la Oficina Local del Patronato Nacional de la Infancia, se detectó que los menores amparados aparentemente eran objeto de abuso sexuales. De lo anterior se puso en conocimiento a la Oficina Local del PANI, y el 17 de agosto del 2006 las autoridades accionadas dispusieron en forma provisional la guarda de las niñas en el Albergue Los Cocos y al niño en el Albergue Cielo Amarillo, Medida de Protección y Abrigo Temporal, además, la anterior situación generó una denuncia penal por abuso en perjuicio de los menores de edad. Posteriormente, por resolución de las 15:03 hrs. del 13 de setiembre de 2006, la oficina local ordenó ubicar a los menores en el Hogar Vista del Mar y suspender provisionalmente las visitas del recurrente a sus hijas e hijo. De igual modo, se informó a los padres de la menor sobre la posibilidad de impugnar la resolución de cita, y que efectivamente el recurrente ejerció su derecho de apelación, recurso que se encuentra pendiente de resolver. Finalmente, tampoco se demostró que los menores amparados estén siendo agredidos por funcionarios del Albergue del PANI, prueba que de todas formas no corresponde realizarse por la vía del amparo. Así las cosas, estima la Sala que en el caso de marras, la actuación de la institución recurrida se ajusta a derecho, toda vez que ante una situación como la descrita, el Patronato Nacional de la Infancia está en la obligación de intervenir, y de ubicar a los menores en riesgo en un lugar seguro, hasta tanto se defina su situación, por lo que no resulta irrazonable para esta Sala la medida de abrigo temporal que acordó esa institución, especialmente en razón de la emergencia que significa el estado de riesgo en que presuntamente se encontraban los menores, lo que justifica la adopción de medidas rápidas y eficaces en su beneficio.

**V.-** Asimismo, se observa que el recurrente lo que pretende es que esta Sala ordene al PANI egresar a los menores amparados del Albergue Vista del Mar, lugar donde se encuentran actualmente y entregárselos a él, asunto donde esta Jurisdicción no tiene competencia, no solo porque la determinación de a quien corresponde la guarda y crianza de los hijos es de los tribunales ordinarios, sino porque las medidas de protección dictadas a favor de menores es competencia del Órgano Constitucional creado al efecto, a saber, el Patronato Nacional de la Infancia, en los términos en que se dijo. Si lo que el recurrente pretende es que esta Sala revise lo actuado en sede administrativa en torno al expediente de los menores, ello resulta absolutamente improcedente, toda vez que -según se dijo- para ello se han habilitado, constitucional y legalmente, las vías pertinentes para llevar a cabo dicho análisis. Admitir la intromisión de esta Sala en asuntos encomendados a la Administración por disposición expresa de la Constitución, equivaldría a usurpar funciones que no le han sido conferidas, amén de constituirse en un medio de ordinariar la vía sumaria, si bien sumarísima, del amparo, lo cual no resulta viable ni legalmente permitido. De tal suerte que será ante las propias autoridades recurridas, como bien lo han hecho la petente, ante quienes se debe plantear, discutir y resolver su inconformidad, más no en esta sede que no es la habilitada para

tales efectos. Aclara la Sala, que dichas medidas son disposiciones cautelares para proteger a los menores sólo válidas provisionalmente, en tanto el juez de familia interviene y resuelve definitivamente, ya que de lo contrario podría resultar que por un acto administrativo se decidiera sobre la guarda, crianza y educación de los menores. De modo que, una vez adoptada ese tipo de medidas, como en este caso, el Patronato debe acudir, dentro de un término razonable, a la vía jurisdiccional respectiva y someter a conocimiento del juez la medida acordada para que éste se pronuncie al respecto. Por lo expuesto, debido a la incompetencia de esta Sala para atender la petitoria del recurrente ya que no se observa que el PANI haya actuado arbitrariamente, el recurso debe desestimarse como en efecto se hace.”

**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, de normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final del 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 las citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos (Nº 6683), reproduce libremente las leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de esta ley. 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 CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

---

<sup>i</sup> Sala Tercera de la Corte. Sentencia: 00561. Expediente: 92-000890-0006-PE. Fecha: 15/10/1993. Hora: 09:45:00 a.m.

<sup>ii</sup> Sala Tercera de la Corte. Sentencia: 00358. Expediente: 93-000252-0006-PE. Fecha: 02/07/1993. Hora: 09:15:00 a.m.

<sup>iii</sup> Tribunal de Familia. Sentencia: 01946. Expediente: 04-000267-0673-NA. Fecha: 05/12/2006. Hora: 08:10:00 a.m.

<sup>iv</sup> Sala Constitucional. Sentencia: 12792. Expediente: 10-006942-0007-CO. Fecha: 30/07/2010. Hora: 09:00:00 a.m.

<sup>v</sup> Sala Constitucional. Sentencia: 00937. Expediente: 06-014934-0007-CO. Fecha: 26/01/2007. Hora: 10:14:00 a.m.

<sup>vi</sup> Sala Constitucional. Sentencia: 00937. Expediente: 06-014934-0007-CO. Fecha: 26/01/2007. Hora: 10:14:00 a.m.