

LA GACETA

DIGITAL

Diario Oficial

La Uruca, San José, Costa Rica, jueves 02 de diciembre del 2010, n. 234

Proyecto de ley n. 16.979

DICTAMEN UNÁNIME AFIRMATIVO

REFORMA DEL INCISO C) DEL ARTÍCULO 109, ARTÍCULO 112 Y EL ARTÍCULO 113 Y ADICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 109 BIS Y 109 TER, DE LA LEY N.º 5476, CÓDIGO DE FAMILIA DE COSTA RICA

(Anteriormente “Modificación del inciso c) del artículo 109 y los artículos 112 y 113 de Código de Familia, Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973 y sus reformas”)

Expediente N.º 16.979

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Los suscritos diputados y diputadas, miembros de la Comisión Permanente Especial de Juventud, Niñez y Adolescencia, rendimos el siguiente **DICTAMEN UNÁNIME AFIRMATIVO** sobre el **Expediente N.º 16.979 “REFORMA DEL INCISO C) DEL ARTÍCULO 109, ARTÍCULO 112 Y EL ARTÍCULO 113 Y ADICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 109 BIS Y 109 TER, DE LA LEY NO 5476, CÓDIGO DE FAMILIA DE COSTA RICA”** (anteriormente denominado “Modificación del inciso c) del artículo 109 y los artículos 112 y 113 del Código de familia, Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973 y sus reformas), iniciativa del exdiputado José Merino Del Río la diputada Ana Helena Chacón Echeverría, publicado en La Gaceta123 de 26 de junio de 2008 basados en los siguientes argumentos.

El estudio del proyecto fue asignado a una subcomisión. Como resultado del análisis respectivo, la subcomisión rindió su informe con la incorporación, en un texto sustitutivo, de las correcciones atinentes, según las distintas respuestas de las organizaciones, instituciones y órganos consultados, con la recomendación de ser acogido para su discusión por el fondo y dictaminado en forma afirmativa.

Posteriormente, en el seno de la Comisión, se discutieron mociones incorporadas en el texto que reúne las inquietudes y aportes de los señores y señoras diputados.

El expediente fue consultado a las siguientes instituciones y organizaciones:

- Corte Suprema de Justicia
- Procuraduría General de la República
- Ministerio de Relaciones Exteriores
- Dirección General de Migración y Extranjería
- Patronato Nacional de la Infancia
- Organización PANIAMOR

- Defensoría de los habitantes
- Organización Enfoque a la familia
- Organización Defensa de los Niños / Internacional
- Organización Visión Mundial

Adicionalmente, la subcomisión contó para el análisis de la iniciativa y su posterior recomendación a la Comisión, con el Informe Jurídico del Departamento de Servicios Técnicos ST.283-2008.

Esta iniciativa se plantea como una modificación al inciso c) del artículo 109 y los artículos 112 y 113 del Código de Familia, Ley N° 5476 de 1973 y sus reformas.

La subcomisión recomendó en su informe, según se indicó supra, un texto sustitutivo que incorpora las principales sugerencias de las instituciones que aportaron sus señalamientos.

Especial interés mereció en este texto, la normativa y modificaciones que sugiere el Patronato Nacional de la Infancia, sugerencias que parten de un trabajo conjunto con distintas organizaciones como con cuerpos asesores legislativos que, ya habían trabajado sobre propuestas similares en otras iniciativas de ley.

El proyecto tiene como fundamento los cambios sustantivos que experimentó nuestro país, con la aprobación y ratificación de la “*Convención sobre los Derechos del Niño*” en el año 1990 mediante ley de la república N°. 7184, cambios reflejados en la concepción y reconocimiento de los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes, a partir de la apropiación de una nueva ideología sustentada en la Doctrina de la Protección Integral, que reconoce a las personas menores de edad como sujetos plenos de derechos, dejando en el rezago aquél paradigma de la *Situación Irregular* que concibe a las personas menores de edad como objetos de protección según sus necesidades y limitaciones.

Este fenómeno de orden mundial, adoptado por nuestra sociedad en la última década del siglo anterior, conllevaba inexorablemente un cambio paradigmático y cultural que condujo a la promulgación de nueva y avanzada legislación en el campo de la niñez, la adolescencia y la familia, en la cual la protección y la intervención del Estado en conjunción con el ejercicio de la autoridad parental de los progenitores sobre sus hijos, se encuentra en función del ejercicio y reconocimiento pleno de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, sobresale en la legislación nacional el derecho fundamental de las personas menores de edad de crecer y desarrollarse al lado de sus padres y ser cuidados por ellos (Art. 30 *Código de la Niñez y la Adolescencia*), así como el derecho a ser educados en el seno de una familia, debiendo siempre asegurárseles la convivencia familiar y comunitaria, a través del apoyo y colaboración de las diversas instituciones del Estado (Art. 31 *Código de la Niñez y la Adolescencia*).

Como corolario del ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a la vida familiar, sobresale el instituto de la adopción, como un fenómeno jurídico y psicosocial de gran envergadura y tradición, expresamente reconocido en el ordenamiento jurídico costarricense de jerarquía legal y supra legal. Tal y como lo preceptúa el numeral 21 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*:

“Los Estados Partes que reconocen o permitan el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior sea la consideración primordial y:

a) Velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes los que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

c) *Velarán porque el niño objeto de adopción en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.*

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.”

La adopción es, por definición, una institución de protección social, que en tanto define la condición jurídica del niño o niña, como todo asunto que se refiera a derechos fundamentales, debe llevarse a cabo con garantías procesales y, en definitiva, resueltas por un órgano jurisdiccional competente.

En materia de niñez y adolescencia y, en el caso específico de la adopción, se cuenta con un marco de referencia que no se puede obviar a la hora de aplicar las leyes secundarias. No obstante, a menudo parece existir desconocimiento del concepto de efectiva incorporación de las normas internacionales a la legislación nacional.

La consideración y referencia de la Convención debe privar en todo proceso o situación de adopción, en la medida en que los derechos ahí recogidos representan el mínimo que toda sociedad debe garantizar a sus niños y niñas.

Sobresalen entonces el “*interés superior del niño*”, la “*subsidiariedad*” y la “*garantía*”, como principios universales en materia de adopción de personas menores de edad.

En virtud del primero, todas las medidas concernientes a los niños y niñas, que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben responder primordialmente al mejor interés del niño.

Este principio, conformado por dos elementos sustantivos, a saber: la prioridad de la niñez y la consideración de las necesidades específicas de acuerdo con la edad, se manifiesta plenamente en el derecho de las personas menores de edad a la mejor familia posible, esto es, la obligación de buscarle al niño y a la niña una familia y no a la familia un niño o una niña, considerando la adopción como una institución del Derecho de Niñez y Adolescencia autónoma, incluso, del Derecho de Familia.

La subsidiariedad, por su parte, plantea que la adopción internacional es una medida de último recurso, por lo que debería preferirse que el niño sea educado en la propia familia y mantenido en su propia cultura, en resguardo de sus derechos de nacionalidad e identidad, siempre sobre la base de que en todas las acciones procesales que subyacen deben existir garantías tanto administrativas como judiciales, que no impliquen trámites excesivos, burocráticos, denigrantes o de difícil acceso para algunos sectores de la población.

Tratándose entonces la adopción de un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes y no uno de los progenitores o de los adoptantes interesados, debe entenderse que la adopción por entrega directa, o sea aquella donde media el consentimiento de quienes ejercen la autoridad parental al margen de la intervención del Estado, se contraponen en forma sistemática a los derechos humanos de las personas menores de edad, pues se fundamenta únicamente en el ánimo y voluntad de desprendimiento del niño por parte de los padres biológicos, voluntad que resulta irrelevante por cuanto la autoridad parental no confiere a los progenitores el derecho a disponer, vender o regalar a sus hijos, cual mayor exponente de la Doctrina de la situación irregular; amén de que los padres no son considerados como autoridad competente para definir la idoneidad o no de la familia a quien han “escogido” para recibir a su hijo en adopción, tal y como lo han determinado claramente el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Conferencia Permanente de la Haya de Derecho Internacional Privado para la aplicación del Convenio de la Haya de Adopción Internacional.

En este sentido, tal y como indica la exposición de motivos del texto base de discusión de esta iniciativa, la preocupación por las denuncias y casos que han conmovido a la opinión pública, por la

desarticulación de redes y organizaciones criminales dedicadas al tráfico y comercio de niños y niñas, quienes, encubiertos bajo la cobija del instituto de la adopción y aprovechando una endeble y permisiva legislación de derecho de familia, han gestado un abominable y lucrativo negocio de almas, bajo el pretexto del amor y el derecho a una familia.

Esto es solo una parte de un flagelo social de alcances y consecuencias inimaginables, un problema que no podemos contribuir a aumentar, sino que por el contrario, debemos cerrar los portillos que puedan existir en nuestra legislación, la cual debe adecuarse para evitar violaciones a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

Costa Rica, en el año 1993, había ratificado el *Convenio Relativo a la Protección del niño y la Cooperación* en materia de adopción internacional, conocido como Convenio de la Haya, mediante Ley de la República N° 7517, publicada el 17 de julio de 1995, en la cual el Estado se comprometió a implementar las acciones y medidas que fueran necesarias para garantizar el respeto al interés superior de las personas menores de edad, en aquellas adopciones internacionales donde existe desplazamiento del niño o niña a un país receptor distinto al de su origen. Sin embargo, la norma actual contenida en el inciso c) del artículo 109 del Código de Familia, que permite la entrega directa de niños, niñas y adolescentes por parte de sus padres, a terceros interesados con fines de adopción, se convierte en un “portillo legal” que facilita el tráfico y venta de personas menores de edad con fines de adopción, práctica proscrita por la ley nacional y por las diversas Cartas y Convenios de Derechos Humanos ratificados por Costa Rica e incluso considerada como antijurídica y culpable por el Derecho Penal en nuestro país.

La adopción por entrega directa, al resultar un proceso de índole privado, queda reducida a un trámite notarial y contractual que violenta los derechos de los niños, niñas y adolescentes y en el cual se obvian los principios básicos y fundamentales exigidos por el ordenamiento jurídico como el consentimiento libre e informado, el principio de subsidiariedad, la declaratoria de adoptabilidad por parte de la autoridad central administrativa, la ausencia de pago indebido y el interés superior del menor, entre otros.

Con las adopciones por entrega directa, se propicia y favorece una flagrante diferenciación de personas menores de edad sujetas de procesos de adopción, lo cual resulta inaceptable, en virtud de que todos los niños y niñas se encuentran bajo la protección del Estado, gozan de los mismos derechos humanos y están sujetos a las mismas medidas de salvaguarda y protección establecidas para garantizar su interés superior en caso de ser adoptados legalmente.

El Patronato Nacional de la Infancia, en Costa Rica, es la institución de rango constitucional, designada como la autoridad central administrativa competente, entratándose de la aplicación de las garantías y procedimientos regulados en los Convenios Internacionales sobre adopción de niños, niñas y adolescentes, por lo que resulta necesario y trascendental que quede claro en nuestra legislación y en concordancia con los convenios internacionales, la competencias legales suficiente dentro de los procesos de adopción nacional e internacional por entrega directa de niños, niñas y adolescentes, para, en conjunto con la autoridad judicial competente, garantizar el interés superior de éstos en cada situación concreta.

En este sentido, resulta de interés indicar la rigurosidad y minuciosidad que la adopción sea estructurada como un proceso de la más alta vulnerabilidad donde está de por medio el destino de un ser humano, no son irrelevantes cada uno de los ritos, pasos y procedimientos que se producen del abandono u orfandad hasta el encuentro con la nueva familia, lo que se denomina “situación de adopción”.

La participación activa del Patronato Nacional de la Infancia en los procesos de adopción nacional e internacional de niños, niñas y adolescentes es trascendental, no sustituyendo la autoridad jurisdiccional quien es la competente para declarar o no en definitiva la adopción en la vía judicial, pero sí fungiendo como Autoridad Central Administrativa, garantizando un procedimiento debidamente regulado, en el cual prevalezca el interés superior del niño por encima de la voluntad de entrega de los padres biológicos.

En razón de todo lo anterior, el proyecto de ley está orientado a legislar para evitar situaciones violatorias de derechos de las personas menores de edad, que se pueden originar de procesos de

adopción sin respetar los principios y garantías exigidas en la materia, como por ejemplo, tramitar adopciones directas sin descartar previamente los recursos familiares y vínculos afectivos preexistentes, o bien, sin cerciorarse que el consentimiento otorgado por los progenitores en la entrega directa se encuentre “viciada” o mediatizada en la voluntad de desprendimiento.

Pretende, además, armonizar la normativa interna con la normativa, instrumentos y convenios internacionales, en materia de la adopción nacional e internacional, así como garantizar procesos y procedimientos de adopción nacional e internacional transparentes, erradicándose de una vez por todas el tráfico y venta de personas menores de edad bajo la figura y el amparo de adopciones encubiertas, así como evitar el enriquecimiento ilícito o poco ético de quienes participan en la adopción.

En el mismo sentido, la iniciativa pretende, que tanto en las adopciones nacionales como internacionales se brinden las salvaguardias esenciales que garanticen los derechos de las personas menores de edad involucradas en estos procedimientos, así como evitar beneficios económicos indebidos para las personas que intervienen en los procesos de adopción.

Finalmente, cabe señalar, que la iniciativa retoma una serie de reformas tramitadas en la corriente legislativa para modificar las normas del Código de Familia relacionadas con adopciones internacionales que en legislaturas pasadas estuvieron muy cerca de ser aprobadas y contaron con el aval de entidades como el Patronato Nacional de la Infancia, la Defensoría de los Habitantes, la Procuraduría General del República y la Corte Suprema de Justicia.

A pesar de que en el Parlamento ha existido un amplio consenso sobre su importancia, tales iniciativas se han archivado ya sea por errores de procedimiento cometidos en su trámite o por vencimiento del plazo de caducidad establecido en el Reglamento de la Asamblea Legislativa.

No resulta ocioso señalar que algunas de las reformas propuestas en la presente iniciativa habían sido aprobadas por la Asamblea Legislativa mediante la Ley N.º 8297, de 10 de setiembre de 2002, que reformó los artículos 109 inciso c) y 113 del Código de Familia. Sin embargo, su aplicación resultó frustrada un año después porque la Sala Constitucional anuló la Ley mencionada, por adolecer de vicios sustanciales en el procedimiento parlamentario seguido para su aprobación (Voto N.º 2003-6304 de las 10:31 horas del 3 de julio de 2003).

Igualmente, debe reiterarse que durante el trámite legislativo de otros proyectos de ley similares que lamentablemente terminaron en el archivo, se consultó a la Corte Suprema de Justicia y esta emitió criterio completamente favorable sobre las modificaciones planteadas, incluyendo la incorporación a nuestra legislación del principio de subsidiaridad en adopciones internacionales. Este es el caso del criterio notificado a la Asamblea Legislativa mediante el oficio N.º 281-SP-03 de febrero de 2003, en relación con el expediente legislativo N.º 15.357.

Por las razones anteriores, recomendamos a las señoras y a los señores diputados aprobar el siguiente texto:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

**REFORMA DEL INCISO C) DEL ARTÍCULO 109,
ARTÍCULO 112 Y EL ARTÍCULO 113 Y ADICIÓN
DE LOS ARTÍCULOS 109 BIS Y 109 TER,
DE LA LEY N.º 5476, CÓDIGO DE
FAMILIA DE COSTA RICA**

ARTÍCULO ÚNICO: Refórmense el inciso c) del artículo 109 y los artículos 112 y 113 del Código de Familia, Ley No 5476 del 21 de diciembre de 1973. Así mismo adiciónense los artículos 109 Bis y 109 Ter de dicho cuerpo legal. Los textos dirán:

“Artículo 109.- Personas adoptables

a)-(...)

b)-(...)

c)-Las personas menores de edad cuyos progenitores en el ejercicio de la Autoridad Parental, inscritos como tales en el Registro Civil, consientan ante la autoridad judicial correspondiente, la voluntad de entrega y desprendimiento.

En este tipo de adopciones nacionales, el Juez competente, previo a continuar con el trámite respectivo, ordenará al Patronato Nacional de la Infancia, que en el plazo improrrogable de 30 días hábiles contados a partir de la notificación judicial, valore las razones y condiciones psicosociales de los progenitores, la existencia del consentimiento libre e informado, así como agotar las posibilidades de ubicación de la persona menor de edad con su familia biológica extensa. Una vez emitidos los informes respectivos, el PANI mediante el funcionario competente declarará que el o las personas menores de edad son adoptables, mediante una declaración de adoptabilidad, que deberá de remitir a la autoridad judicial, junto con los informes, dentro del plazo antes indicado.

El juez competente, durante el plazo de valoración a que se refiere el párrafo anterior, decidirá, sobre la ubicación provisional de la persona menor edad, mediante resolución debidamente justificada y tomando en cuenta la voluntad de los progenitores al consentir la entrega del adoptando, así como la voluntad de la persona menor de edad, cuando pudiere manifestarla.

La autoridad judicial si lo considera pertinente, en cualquier momento procesal, podrá solicitar cualquier otra información al Patronato Nacional de la Infancia.

En el caso de que exista duda con respecto a la filiación del o los progenitores, la Autoridad Judicial deberá solicitar que se les practique exámenes de ADN, en los laboratorios debidamente acreditados por el Poder Judicial.

Artículo 109 BIS.- De las Adopciones internacionales

Cuando se trate de adopciones internacionales, el órgano competente del Patronato Nacional de la Infancia para dictar el acto administrativo que declara la adoptabilidad, será el Consejo Nacional de Adopciones.

La adopción internacional tendrá carácter subsidiario de la adopción nacional y solo procederá cuando dicho Consejo, haya determinado que no existen posibilidades de ubicar a la persona menor de edad en una familia adoptiva con residencia habitual en Costa Rica.

Para todos los efectos, tanto la autoridad administrativa como la judicial deberán aplicar los procedimientos y las condiciones establecidas en los convenios internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica en materia de adopción y protección de los derechos de las personas menores de edad.

Artículo 109 TER.-Seguimiento post-adoptivo

Para garantizar los derechos de todas las personas menores adoptadas, el Patronato Nacional de la Infancia deberá velar porque se cumpla con un período de seguimiento post adoptivo de hasta tres años en caso de adopción internacional y de hasta dos años en caso de la adopción nacional, en el cual se verifique las condiciones físicas, emocionales y sociales para el adecuado desarrollo de la persona menor de edad. A efecto de garantizar dichos seguimientos, el Ministerio de Hacienda y la Autoridad Presupuestaria dotarán al Patronato Nacional de la Infancia de los recursos humanos y profesionales requeridos”.

El seguimiento, en el caso de las adopciones nacionales, se hará a través de las Oficinas Locales del PANI, de acuerdo a su jurisdicción territorial.

Tratándose de adopciones Internacionales, el Consejo Nacional de Adopciones será el órgano encargado de velar porque las autoridades centrales internacionales, u organismos o entidades colaboradoras de adopción internacional, debidamente acreditadas en su país de origen y autorizadas por dicho Consejo, cumplan el seguimiento post-adoptivo internacional de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento para los Procesos de Adopción Nacional e Internacional vigente”.

“Artículo 112.- Adoptantes Extranjeros

Las personas solicitantes de adopción internacional y cuya condición migratoria no corresponda a la residencia habitual en Costa Rica, pueden adoptar en forma conjunta o individual a una persona menor de edad que haya sido declarada por el Consejo Nacional de Adopciones del Patronato Nacional de la Infancia, apta para la adopción, y judicialmente declarado en abandono, siempre y cuando no existan adoptantes ni interesados nacionales o con residencia habitual en nuestro país, según los registros de familias elegibles con que cuente dicho Consejo. Para ello, aparte de los requisitos del artículo 128 del Código de Familia, los adoptantes deberán aportar ante el juez competente, los siguientes documentos debidamente autenticados, legalizados y traducidos oficialmente al idioma español:

- a) Certificado de nacimiento de los solicitantes.
- b) Certificación idónea que demuestre que cuentan con no menos tres años de matrimonio o declaración jurada debidamente protocolizada en la que conste una convivencia de hecho no menor a tres años.
- c) Certificado de la autoridad de migración del país de residencia de los solicitantes, en el cual consten los requisitos que la persona menor adoptada debe cumplir para ingresar en el mismo.
- d) Certificado en donde la autoridad central administrativa de su país de residencia habitual los ha declarado aptos para adoptar.
- e) Documento certificado extendido por una institución pública o privada del Estado receptor, la que debe estar debidamente acreditada, ante el Patronato Nacional de la Infancia en su condición de Autoridad Central de Adopciones Internacionales, en la que conste que es una organización debidamente acreditada para adopciones internacionales según el Convenio de la Haya, durante el plazo de seguimiento post adoptivo establecido.
- f) Resolución de declaratoria de adoptabilidad de la persona menor de edad que se desea adoptar emitida por el Consejo Nacional de Adopciones.
- g) Resolución de declaratoria de idoneidad de los solicitantes de adopción emitida por dicho Consejo.

Además de los requisitos generales establecidos en este Código, deben comprobar que reúnen las condiciones personales y familiares para adoptar, exigidas por la ley de su domicilio, a través de un informe social y psicológico debidamente avalado por la autoridad competente del Estado de origen.

Artículo 113.- Declaratoria de Adoptabilidad

El Patronato Nacional de la Infancia, declarará adoptable a una persona menor de edad, una vez aprobados los estudios psicológicos correspondientes, y las valoraciones dispuestas en la ley que determinen la conveniencia de la adopción de la persona menor de edad. Dicha declaratoria no sustituye ni corresponde a la declaratoria de adoptabilidad exigida en el Convenio Relativo a la protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional para las adopciones de niños, niñas y adolescentes solicitadas por personas sin residencia habitual en Costa Rica.

En el caso de las adopciones nacionales, posterior a la declaratoria de adoptabilidad, el PANI podrá solicitarle al Juez, ubicar a la persona menor de edad, en un recurso familiar con fines adoptivos, en tanto se resuelve el procedimiento de declaratoria de abandono, advirtiendo que

se trata de una “ubicación en riesgo”, al no contarse con la declaratoria judicial definitiva. No es permitida la ubicación en riesgo, en las adopciones internacionales.

Rige a partir de su publicación.

Dado en la Sala de la Comisión Permanente Especial de Juventud, Niñez y Adolescencia, a los trece días del mes de octubre de dos mil diez.

Carlos Avendaño Calvo

Pilar Porras Zúñiga

Gloria Bejarano Almada

Damaris Quintana Porras

Julia Fonseca Solano

Edgardo Araya Pineda

José María Villalta Florez-Estrada

1 vez.—Solicitud N° 43812.—C-395250.—(IN2010097023).