

Señoras y señores
Diputados y Diputadas
Comisión Permanente de Asuntos Sociales
Asamblea Legislativa

Estimados señores y señoras:

Aprovecho la presente para saludarles cordialmente y a la vez manifestarles que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes mediante oficio CAS-1535-2016, del 11 de octubre de 2016, sobre el Proyecto de Ley "*Ley de Acogimiento Familiar*", expediente legislativo N° 20.067, me refiero en los siguientes términos:

Resumen Ejecutivo

- *Principales observaciones al proyecto*

Paras efectos de una mejor comprensión es importante definir primera infancia, además de uniformar el uso del concepto de persona menor de edad (eliminar la referencia de "menor"). Esto por cuanto tiene un significado peyorativo y estigmatizante en la doctrina de la Situación Irregular, hoy superada por la doctrina de la Protección Integral.

En relación con el texto del proyecto, no se observa claramente el procedimiento administrativo de seguimiento a la familia de acogida, aspecto de vital importancia para garantizar el principio del Interés Superior del Niño durante su permanencia en dicho hogar.

Se recomienda tomar en cuenta las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños de Naciones Unidas (Asamblea General A/HRC/11/L.13).

- *Conformidad o inconformidad de la Defensoría de los Habitantes*

La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica se permite expresar su conformidad con respecto al texto consultado, salvo las observaciones que a continuación se emiten, en mejora de la propuesta legislativa conforme con la normativa nacional e internacional que informa el Derecho de la Niñez y la Adolescencia.

Competencia del mandato Defensoría de los Habitantes de la República

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de las y los habitantes, así como debe velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste con la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (Principios de París), la Defensoría de los

Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de Derechos Humanos. Finalmente es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

Antecedentes del proyecto de ley

Se señala en la exposición de motivos del proyecto, que el Acogimiento Familiar es una alternativa de cuidado no institucional para niños y niñas que, por algún motivo, no pueden vivir con sus progenitores y supone la plena integración del niño y niña en la vida de la familia que lo acoge, comprometiéndose a cuidarlo y educarlo como un miembro más de su familia. Así, las niñas y los niños que por alguna razón se encuentran en situaciones de riesgo, se promueve la integración de forma temporal en una familia, mientras se decide su situación legal para evitar que sean institucionalizados.

Muchos de estos niños y niñas vuelven con su familia biológica una vez que ésta supere o modifique la situación que puso en riesgo la persona menor de edad. No obstante, otros niños y niñas se valoran para la adopción, que debe guiarse por las acciones que aseguren el mejor interés, bienestar, crecimiento y desarrollo físico y emocional, es decir, lo que proteja el interés superior de la persona menor de edad.

Se ha demostrado que el cuidado institucional cuesta un promedio de 3 veces más que el Acogimiento Familiar y esta última modalidad, como alternativa a la institucionalización, no es algo novedoso, pero no existe ley que brinde un adecuado marco normativo al respecto de forma que se garantice la protección para las personas menores de edad que se encuentran en situación de riesgo. Una normativa específica viene a asegurar lineamientos a todos los protagonistas que participan en su ejecución incluyendo, además del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), las organizaciones no gubernamentales (ONGs) ejecutoras, los profesionales que brindan servicios en su contexto, los jueces de familia que atienden casos relacionados con la materia, las familias de acogimiento y, por supuesto, las personas menores de edad sujetas a esta medida.

Sin un adecuado marco legal sobre el acogimiento, su regulación se ha realizado por medio de directrices y políticas administrativas al interior del PANI, situación diferente a lo que ocurre en otros países latinoamericanos en los que el acogimiento ha recibido una implementación, siguiendo las convenciones, recomendaciones y programas promovidos por los órganos internacionales dedicados a la promoción y protección de los derechos de las personas menores de edad.

Agrega el proyecto en la exposición de motivos, que un niño o niña en etapa de primera infancia¹, luego de permanecer con una familia de acogimiento durante un tiempo y estando la familia de acogimiento dispuesta a realizar el proceso de adopción, es separado/a de ésta sin importar los vínculos de naturaleza parental ya formados, inclusive los vínculos ya constituidos en relación con otros niños biológicos de la familia de acogimiento, resultando esto en un sufrimiento para las personas menores de edad involucradas.

¹ Es importante definir esta fase del proceso evolutivo: La primera infancia constituye el período que transcurre "desde el nacimiento, el primer año de vida, el período preescolar hasta la transición hacia el período escolar". Comprende el segmento de edad desde el nacimiento hasta los ocho años de edad. (Comité de los Derechos del Niño 2006)

Así, señalan las y los señores Diputados que en el interés superior de la persona menor de edad, los vínculos con su familia de acogimiento deben ser valorados y atendidos, en especial cuando la persona menor de edad ha sido declarada en abandono y se pretende buscar a la familia que mejor responda con ese interés, pero se limita la posibilidad de que las familias de acogida puedan adoptar, derivada de las directrices actuales y enfoques que sostiene en la materia el PANI. Por ejemplo, las políticas actuales exigen que los padres de acogimiento firmen una renuncia a la posibilidad de adopción; con la finalidad de evitar que durante el proceso de acogimiento se forme un vínculo parental entre la persona menor de edad y la familia que le acoge.

Si bien, se establece un contrato con "validez legal", la finalidad de la renuncia no corresponde, desde el punto de vista psicosocioemocional y desde los derechos de la persona menor de edad acogida, porque altera el establecimiento de un vínculo afectivo que es inevitable que se desarrolle en tanto el cuidado, la protección, la relación diaria y la dinámica se desenvuelve en el contexto de una familia. Situación que coincide con el siguiente párrafo.

Por ello, en el artículo 10 del presente proyecto, se dispone que las familias que cumplan requisitos y que manifiesten expresamente su interés de adoptar, llegado el caso de la declaratoria de abandono, pueden solicitar la transición al proceso de adopción. En la actualidad, mientras se da esta declaratoria se emite, las personas menores de edad en acogimiento se mantienen en un limbo en el que los vínculos que desarrollan con sus cuidadores, no se consideran válidos, ni merecedores de protección acorde con los actuales lineamientos del PANI.

El artículo 9 del presente proyecto de ley pretende promover, por lo menos en la fase administrativa, la celeridad de las actuaciones del PANI, de manera que la familia biológica tenga una oportunidad razonable y prioritaria de corregir las situaciones de riesgo que provocaron su separación de la persona menor de edad, con el correspondiente apoyo técnico del PANI y así lograr su regreso a la familia de origen. Al mismo tiempo, se pretende no dejar en desamparo la necesidad de la persona menor de edad de encontrar un contexto familiar que le permita un desarrollo estable y saludable en el período de la primera infancia, el cual es crítico en su crecimiento

Más que necesidades que presentan los niños o niñas, se están ante derechos que deben ser protegidos. La decisión de retorno al medio familiar debe garantizar que las situaciones adversas que motivaron la separación varían sustancialmente para asegurar la reparación integral.

Contenido del Proyecto de Ley en análisis

Es importante uniformar algunos conceptos, tales como primera infancia y persona menor de edad (eliminar la referencia al "menor"). Tal y como se indicó, la palabra menor, tiene un significado peyorativo y estigmatizante en la doctrina de la Situación Irregular, hoy superada por la doctrina de la Protección Integral.

En relación con el texto del proyecto, no se observa claramente el procedimiento administrativo de seguimiento a la familia de acogida, aspecto de vital importancia para garantizar el principio del Interés Superior del Niño durante su permanencia en dicho hogar. Ello de conformidad con las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños de Naciones Unidas (Asamblea General A/HRC/11/L.13). En estas Directrices se recomienda a los Estados, la emisión de una normativa que regule el procedimiento:

"73. Se debería establecer un marco normativo para que la remisión o admisión de un niño en un entorno de acogimiento alternativo se atenga a un procedimiento estándar."

En cuanto a las Disposiciones Generales, el proyecto de ley establece que:

Artículo 1.-Objetivo. *El objetivo de la presente ley consiste en la regulación de la figura de Acogimiento Familiar, en atención al principio del interés superior del niño, con el fin de coadyuvar en la atención oportuna de las personas menores de edad que son separadas de forma temporal de sus familias biológicas.*

Observación de la DHR:

La figura de Acogimiento Familiar puede considerarse para algunos niños, niñas y adolescentes como una alternativa temporal o permanente, de acuerdo con la respuesta familiar de origen, las oportunidades de adopción y otros. Esta modalidad de protección no debería cerrar la opción para el depósito judicial o la misma adopción si se comprueba que existe vínculo afectivo y dinámica saludable de conformidad con el interés superior de la persona menor de edad.

Se recomienda contemplar no sólo la "atención oportuna" sino la garantía de brindar un hogar en el que se pueda desarrollar integralmente el niño, la niña o el adolescente. Sobre la temporalidad del cuidado alternativo, se debe entender que es una medida de protección de derechos transitoria. El equipo profesional interviniente deberá revisar la medida de manera periódica, evaluando la evolución de la situación que dio origen a la separación del niño, niña y adolescente de su familia de origen, para poder determinar la necesidad o no de su continuidad.²

Artículo 2.-Definición de Acogimiento Familiar. *El Acogimiento Familiar se entenderá como aquella alternativa de naturaleza temporal, no institucional, a través de la cual una persona menor de edad, en situación de riesgo es ubicada en otra familia hasta que se resuelva su situación jurídica para efectos de proteger su interés superior y su derecho a una convivencia familiar y comunitaria.*

La persona menor de edad se encontrará en riesgo cuando:

- *Haya sido separada de su familia por parte de una autoridad competente,*
- *Haya sido entregada voluntariamente por sus padres a una alternativa de protección,*
- *Sea huérfana de padre y madre o de padres desconocidos.*

Observación de la DHR:

La Defensoría de los Habitantes no considera oportuno y adecuado que se defina el riesgo en el sentido en que se está regulando en este artículo, dado que hay múltiples formas de riesgo. Hay factores de riesgo que están relacionados con las particularidades culturales de cada región, con las condiciones socioeconómicas de las familias, con entornos violentos, entre otros.

El riesgo se debe determinar por parte del PANI durante la investigación del proceso especial de protección. Lo que se define como riesgo en este apartado, corresponde, en forma indistinta, tanto a los actos administrativos que se realizan para brindar protección a la población menor de edad (como es la separación de la familia por orden de autoridad competente), o bien, situaciones de hecho –entrega voluntaria o fallecimiento de la madre y el padre- que son susceptibles de acarrear una situación de riesgo.

El riesgo, tal como se ha entendido, consiste en el daño, afectación o violación de derechos fundamentales por negligencia parental –acciones u omisiones-, abuso físico, emocional, sexual, cognitivo, espiritual, patrimonial y otros. Vivencias que inciden negativamente en el desarrollo integral y pleno de las personas menores de edad.

² Aplicación de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, de Naciones Unidas, en: http://www.relaf.org/Directrices_VA.pdf

En atención a lo expuesto, no se recomienda la enumeración como la que contiene el artículo 2 indicado.

Artículo 3.-Tipos de acogimiento. *El acogimiento podrá ser llevado a cabo de forma voluntaria y gratuita o a cambio de un aporte económico dirigido exclusivamente a ayudar con la manutención de la persona menor de edad sujeta a la medida y podrá ser llevado a cabo bajo los siguientes tipos:*

a) Acogimiento de familia extensa y afectiva: *Es el acogimiento que realiza la familia consanguínea o por afinidad hasta el tercer grado de parentesco, o las personas con quienes el menor tenga lazos afectivos en tanto dichas familias resulten aptas acorde a lo establecido en esta ley y asuman las obligaciones establecidas por la ley para el cuidado y la protección de las personas menores de edad sujetas a la medida. Esta será la forma de acogimiento prioritaria.*

b) Acogimiento de familia no consanguínea o ajena: *Es el acogimiento que realiza una familia que no tiene vínculo consanguíneo, por afinidad o afectividad con la persona menor de edad sujeto a la medida, en tanto dichas familias resulten aptas acorde a lo establecido en esta ley y asuman las obligaciones establecidas por la ley para el cuidado y la protección de las personas menores de edad sujetas a la medida.*

Observación de la DHR:

La Defensoría considera que debería ser ésta la primera respuesta antes de institucionalizar a un niño o niña en un albergue institucional o una alternativa de protección de una ONG.

La resolución de la definición de la alternativa de protección, que corre a cargo del PANI, debe en primera instancia valorar la idoneidad del recurso familiar. Sobre el aporte económico, hay que analizar si la familia es considerada como familia idónea pero que por una cuestión económica se limita la protección, entonces tendrían el derecho a un subsidio; porque lo económico no debería ser un obstáculo para darle afecto y atención a la persona menor de edad³, en el seno de la familia extensa o afectiva.

Actualmente la nomenclatura de las alternativas de protección utilizada en Costa Rica es diferente a la propuesta en el proyecto de ley en análisis, la referencia es a: Hogares solidarios subvencionados, no subvencionado, la familia recurso donde hay consanguinidad y también pueden recibir subsidio o no; y recursos institucionales, privados o públicos. Dentro de las alternativas hay tres formas: recurso familiar por familia extensa, el recurso familiar solidario y la adopción.

Igualmente, las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado del Niño, utilizan otras definiciones:

"Según el entorno en que se ejerza, el acogimiento alternativo puede ser:

- *Acogimiento por familiares. Acogimiento en familia, en el ámbito de la familia extensa del niño o con amigos íntimos de la familia conocidos del niño, de carácter formal o informal.*
- *Acogimiento en hogares de guarda. Los supuestos en que una autoridad competente confía el niño a efectos de acogimiento alternativo al entorno doméstico de una familia distinta de su propia familia, que ha sido seleccionada, declarada idónea, aprobada y supervisada para ejercer ese acogimiento.*
- *Otras formas de acogida en un entorno familiar o similar.*

³ *"Las familias postulantes deben poder brindarle al niño o niña todo lo referido al acceso a los servicios básicos, así como poder afrontar el impacto económico de un nuevo integrante en la familia. En los casos en que su situación económica no se los permita, pero la evaluación de las demás aptitudes demuestre capacidad para el cuidado como familia acogedora, el programa debe aportar (en dinero, servicios o mercadería) aquel faltante mientras dure esta situación de cuidado. Tal como hemos referido, los niños o niñas que son integrados en los programas de Acogimiento Familiar provienen muchas veces de familias de bajos recursos, por lo cual es muy probable que las familias que pertenecen al entorno comunitario estén en una situación de escasez material. "*

Aplicación de las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de Niños, en: <http://www.relaf.org/materiales/Acogimiento%20Familiar.pdf>

- *Acogimiento residencial. Acogimiento ejercido en cualquier entorno colectivo no familiar, como los lugares seguros para la atención de emergencia, los centros de tránsito en casos de emergencia y todos los demás centros de acogimiento residencial a plazo corto y largo, incluidos los hogares funcionales."*

En este sentido, es importante uniformar la nomenclatura de las distintas alternativas de protección.

Artículo 4.- Prioridad de la medida de Acogimiento Familiar. *El Acogimiento Familiar será la alternativa de ubicación prioritaria. Esta medida tendrá especial urgencia en los casos de las personas menores que se encuentren entre los cero y los tres años. El Patronato Nacional de la Infancia deberá realizar todos los esfuerzos posibles y agotar todas las alternativas existentes antes de optar por la institucionalización durante ese crítico rango de edad en la que la formación de vínculos saludables y amorosos es fundamental.*

Observación de la DHR:

Esta prioridad es consecuente con las observaciones del Comité de los Derechos del Niño en relación con no institucionalizar a los niños y niñas en primera infancia. Es importante establecer el rango de edad adecuado en esta etapa del desarrollo, ya que la primera infancia está definida por dicho Comité de los Derechos del Niño, es decir, desde el nacimiento hasta los ocho años de edad.

Artículo 5.- Derechos de la persona menor de edad. *La persona menor de edad en función a su edad, capacidad y madurez podrá solicitar la revocatoria de la medida de acogimiento, acorde a lo establecido en esta ley. También tendrá derecho, cuando se requiera en razón de su traslado a otra familia de acogimiento o a su familia adoptiva, a una transición que proteja su estabilidad emocional y minimice los efectos negativos del rompimiento del vínculo que se haya formado con la familia de acogimiento, siendo fundamental la participación activa de la familia que le ha dado acogida. Así mismo tendrá derecho a mantener contacto con la(s) familia(s) de acogimiento cuando así lo manifieste. El Patronato Nacional de la Infancia y las entidades que participen junto a este en los procesos de acogimiento, tendrán la obligación de proteger asiduamente este derecho y velar por el cumplimiento de lo estipulado en esta ley.*

Observación de la DHR:

Se debe analizar la conveniencia integralmente (psicológica, emocional, social y otros) de mantener las relaciones entre la persona menor de edad y los hogares de acogida, de conformidad con su interés superior, la autonomía progresiva, opinión, otros derechos y principios rectores. También se debe clarificar el seguimiento durante y después de la reintegración en el entorno familiar y comunitario, se deberá dar acompañamiento de los profesionales por el tiempo que determine la autoridad pertinente, el cual no podrá ser menor a los 6 meses.

Artículo 6.- Derecho a una transición adecuada. *La persona menor de edad en situación de acogimiento que fuese a ser trasladada a otro tipo de medida temporal o permanente tendrá derecho a una transición cuidadosamente planificada teniendo en cuenta los siguientes aspectos:*

- a) Evaluación interdisciplinaria actualizada de las necesidades de la persona menor de edad.*
- b) Presentación de la nueva familia o personas encargadas de la tutela de la persona menor de edad, en un entorno que le sea familiar.*
- c) Involucramiento activo de la actual familia de acogimiento en el proceso de transición.*
- d) Traslado progresivo de la persona menor de edad al nuevo entorno junto con objetos de transición tales como juguetes, vestimenta y álbumes de fotografías.*

Observación de la DHR:

Aunado con la consideración anterior, valorar esa progresividad, adaptación y ajuste de la persona menor de edad, siempre en correspondencia con el mejor interés para la persona, opinión y demás principios. Se echa de menos el procedimiento administrativo de seguimiento a la nueva familia de acogida.

Artículo 7.- Derechos y deberes de la familia de acogimiento. La familia de acogimiento deberá participar y completar el proceso de sensibilización y capacitación requerido para la realización del Acogimiento Familiar. Deberá además asumir todas las responsabilidades derivadas del deber de cuidado y protección de la persona menor de edad, como lo haría con cualquiera de sus hijos, velando porque se mantengan las condiciones materiales y emocionales apropiadas para ofrecer a la persona menor de edad sujeta de la medida, un ambiente familiar seguro y saludable que cubra todas sus necesidades y garantice sus derechos.

También tendrá la obligación de someterse a la supervisión periódica de la entidad designada por la autoridad competente, a efectos de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

Tendrá derecho a solicitar ante el PANI o en vía judicial según corresponda, la declaratoria de abandono de la persona menor de edad que ha acogido en su familia, con el objetivo de dar inicio al proceso de adopción de la persona menor de edad.

Además, contará con el derecho de solicitar y recibir información completa sobre la historia, características y necesidades de la persona menor de edad acogida, lo mismo que tener acceso al expediente administrativo y judicial de dicha persona, durante todo el plazo del acogimiento. De igual forma tendrá derecho a solicitar y recibir el apoyo psicológico o social necesario para llevar adelante su función incluso de ser necesario una vez finalizado el período de Acogimiento Familiar.

Observación de la DHR:

Se enfatiza en negrita y subrayado lo que consideramos son aspectos importantes de analizar.

Con respecto a "un ambiente familiar seguro y saludable que cubra todas sus necesidades y garantice sus derechos", se debe acotar que para brindar dichas condiciones, el Estado no puede trasladar su obligación de respetar, proteger y garantizar, por lo que se sugiere aclarar que "con el acompañamiento, seguimiento y formación del Estado".

Con respecto a que la familia de acogimiento tendrá derecho a solicitar la declaratoria de abandono y acceso al expediente judicial durante el plazo de acogimiento, se deberá valorar su legitimación y el plazo en que ha permanecido la persona menor de edad con la familia de acogida, de conformidad con el artículo 117 del Código de Familia que establece: "Artículo 117.- Legitimación para solicitar declaratoria de abandono. Podrán solicitar la declaratoria de abandono de una persona menor de edad, el Patronato Nacional de la Infancia, o cualquier persona interesada en el depósito o la adopción de la persona menor de edad."

Eso sí, es importante destacar que el acceso irrestricto al expediente administrativo o judicial debe ir acompañado de la cláusula de Confidencialidad de la información de los expedientes, ya que todas aquellas personas que se encuentren involucradas en la provisión de cuidados alternativos deberán guardar respeto por la confidencialidad de la información de niños, niñas y adolescentes a su cuidado.⁴

Artículo 9.- Celeridad en la actuación administrativa y durante la primera infancia. A efectos de no retardar la definición de la situación legal de una persona menor de edad entre los 0 y los 8 años, fase crítica para el desarrollo de lazos afectivos saludables y capacidades sociales constructivas, el PANI velará porque los trámites necesarios para definir la situación jurídica de las personas menores de edad sean tramitados con carácter de urgencia.

Observación de la DHR:

Este artículo deriva del derecho a la justicia administrativa pronta y cumplida y al principio del Interés Superior del Niño en la determinación de su condición socio-legal. Al respecto, debe enfatizarse que, en

⁴ De conformidad con las Directrices citadas: "Cuando un niño es abandonado o se renuncia a su guarda, los Estados deberían velar por que ello se realice en condiciones de confidencialidad y seguridad para el niño, respetando su derecho de acceso a la información sobre sus orígenes cuando corresponda y sea posible de conformidad con la legislación del Estado."

razón de este principio fundamental, el trámite célere y urgente debe darse en cualquier situación en la que la persona menor de edad pueda ver vulnerados sus derechos, sin referencia a un rango de edad específico.

Artículo 10.- Solicitud para iniciar trámites de adopción ante el juez. *La familia de acogimiento podrá también realizar la solicitud de inicio de trámites de adopción ante el juez que tramita la situación legal de la persona menor de edad de manera que éste resuelva con base en la ley y partiendo siempre del interés superior de dicha persona menor de edad. El juez deberá brindar especial protección a la preservación de los vínculos que la persona menor de edad haya desarrollado con la familia de acogimiento de forma cautelar.*

Observación de la DHR:

La adoptabilidad comprende aspectos sociales, psicológicos, médicos y jurídicos que deben ser cuidadosamente observados, considerando la necesidad del niño, niña y adolescente de crecer y desarrollarse en una familia adoptiva, por no poder permanecer con su familia de origen. Además establece que la persona menor de edad es legalmente adoptable. El PANI atendiendo a esta definición da prioridad al derecho del niño o niña de crecer y desarrollarse en su familia de origen, salvo situaciones especiales y muy calificadas, que atenten contra su integridad, agotando la posibilidad de ubicación con recursos familiares consanguíneos que garanticen su protección.

En ese proceso de declaratoria de adoptabilidad, el interés superior de la persona menor de edad debe estar siempre por encima de los intereses de las personas adultas adoptantes, incluso del de los mismos progenitores. Ese interés demanda **buscar una familia idónea para un niño o niña y no un niño o niña para una familia**. Es un procedimiento que se debe realizar dentro del marco de estrictas garantías procesales, que no impliquen trámites excesivos ni burocráticos, pero sí garantes de todos los derechos que tiene la persona menor de edad.

Artículo 13.- Traslado de una familia de acogimiento a otra. *El traslado de una familia de acogimiento a otra podrá realizarse únicamente en los casos en los que dicha actuación se requiera para proteger el interés superior de la persona menor de edad sujeta de la medida de acogimiento. Se considerará parte del interés superior de la persona menor de edad, la protección de los vínculos que la persona menor de edad haya desarrollado con la familia de acogimiento, en cuanto estos le hayan resultado positivos, pese a ser temporales. Ello con el objeto de reducir al mínimo las secuelas y sufrimiento producto de la separación con dicha familia. Las decisiones que se tomen al respecto deberán siempre proteger el bienestar y la integridad emocional a las personas sujetas de la medida.*

La resolución que ordena el traslado deberá fundamentarse expresamente en el interés superior de la persona menor de edad y podrá ser objeto de recurso de revocatoria ante el juez de familia.

La familia que acoge a una persona menor de edad podrá solicitar el traslado de esta a otra familia de acogimiento, cuando no pudiera o deseara seguir cumpliendo con las obligaciones que le han sido establecidas con el acogimiento. A ese efecto deberá realizarse el correspondiente proceso de transición en protección al interés superior de la persona menor de edad.

A efectos de velar por la estabilidad emocional de la persona menor de edad se preferirá, siempre que las circunstancias así lo permitan, no trasladar a la persona menor de edad que se encuentra en Acogimiento Familiar hasta no resolverse su situación jurídica.

Observación de la DHR:

En toda decisión que se adopte sobre la persona menor de edad, se debe considerar su interés superior, autonomía progresiva, participación, opinión y demás derechos. La persona menor de edad en este proceso debe ser protagonista en las decisiones que se adopten, respetando siempre los derechos que les asiste como persona independiente, aun cuando demande protección.

En este sentido, se recomienda que se refuerce el artículo en cuestión, en relación con el derecho a ser escuchado y de participar en el proceso de acogida, como de transición, enunciado en este artículo, por parte de la persona menor de edad, según su edad y grado de madurez y comprensión.

Artículo 14.- Transición excepcional del acogimiento al proceso adoptivo. *En protección al interés superior de la persona menor de edad sujeta de la medida de acogimiento y de los vínculos de naturaleza familiar desarrollados entre esa persona y la familia que le acoge, podrá dicha familia solicitar al Patronato Nacional de la Infancia el inicio de trámites adoptivos con el objeto de, llegado el caso de ser declarada en abandono, proceder con su adopción, tomando en cuenta el interés superior del menor que ya ha creado lazos afectivos con su familia de acogimiento, y buscando que el menor no vuelva a atravesar por otra pérdida o separación.*

Esta solicitud solo podrá presentarse cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que hubieren transcurrido al menos seis meses desde iniciada la medida de acogimiento con esa familia,*
- b) Que se cuente con el consenso de todos los miembros de la familia nuclear de acogimiento,*
- c) Que se consideren agotados los recursos familiares de la persona menor de edad, que la persona menor cuente ya con declaratoria de adoptabilidad o que esté en condiciones de ubicación en riesgo.*

La transición se debe determinar a partir de una valoración y seguimiento riguroso, garantizando el interés superior de la persona menor de edad.

Se reitera el señalamiento inicial de esta Defensoría, en cuanto a la sustitución de la palabra "menor", por "persona menor de edad" o "niño, niña y adolescente".

REFORMAS:

Artículo 16.- Refórmese los artículos 116, 158 y 161 del Código de Familia Ley N°5476 y sus reformas; para que se lean de la siguiente forma:

"Artículo 116.- Declaratoria en vía administrativa.

*Siempre que no exista oposición de terceros, en vía administrativa, el PANI podrá declarar en estado de abandono al menor encontrado en abandono y al menor huérfano de padre y madre que no esté sujeto a tutela **en un plazo máximo de seis meses contado a partir del momento en que la persona menor de edad es colocada bajo la medida de protección ante el Patronato Nacional de la Infancia.** De existir oposición, la declaratoria deberá tramitarse en la vía judicial. En todo caso, la resolución administrativa definitiva, se elevará siempre en consulta ante el Juez de Familia, quien deberá resolver en un plazo no mayor de quince días, contados a partir del recibo del expediente administrativo."*

Se aplaude la no utilización del concepto expósito que actualmente se encuentra en la norma, superándose una larga tradición. Se recuerda adaptar la nomenclatura persona menor de edad en situación de abandono parental.

Análisis del contenido del proyecto:

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala:

"Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo 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."

Así queda reconocido el derecho de todo niño, niña y adolescente a crecer al amparo de sus padres y a permanecer a su lado, salvo que circunstancias excepcionales demanden lo contrario. Este derecho conlleva dos obligaciones: la primera, el padre y/o la madre deben brindar el cuidado, orientación y

dirección necesarios hasta que el niño o niña alcance su plena autonomía y; la segunda: el deber del Estado de respetar este derecho, así como la obligación de apoyar a las familias cuando su disfrute se vea amenazado o truncado por las circunstancias económicas o sociales en las que vive.

Así, el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone:

"Artículo 18

- 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbe a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*
- 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.*
- 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas."*

En el mismo sentido, el artículo 27 establece:

- "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.*
- 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que serán necesarios para el desarrollo del niño.*
- 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda."*

En consonancia con las disposiciones internacionales, el Código de Niñez y Adolescencia reconoce el derecho de todo niño, niña y adolescente a disfrutar de una vida familiar, así como la obligación del Estado de crear las condiciones necesarias para los y las niñas y las y los adolescentes se desarrollen plenamente, al establecer:

"Artículo 29- Derecho integral. *El padre, la madre o la persona encargada están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años.*

Artículo 30- Derecho a la vida familiar. *Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca.*

El derecho a desarrollarse plenamente en una familia no es un derecho absoluto; ya que el mismo Código señala bajo qué circunstancias puede ser separada una persona menor de edad de su familia:

Artículo 33- Derecho a la permanencia con la familia. *Las personas menores de edad no podrán ser separadas de su familia, salvo en circunstancias especiales establecidas por la ley. En este caso, tendrán derecho a la protección y asistencia gratuitas por parte del Patronato Nacional de la Infancia.*

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.

Es evidente que para proceder con la separación de una persona menor de edad de su entorno familiar por circunstancias que eventualmente violen sus derechos, se debe iniciar el Proceso Especial de Protección, el cual debe tener un trámite que si bien garantice el debido proceso y el Interés Superior del Niño, sea célere y defina oportunamente la situación socio-legal de la persona menor de edad, tal como se establece en este proyecto de ley.

En ese sentido, el proyecto de ley apuesta por establecer plazos razonables de definición por parte de la autoridad competente. También se reconoce que el niño o niña puede, y es lógico pensar que en un tiempo razonable así sucede, generar lazos afectivos con la familia de acogida.

Por último, es preciso señalar que las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de Niños y Niñas deberían ser contempladas en este proyecto, en lo que al respecto complementa o ajusta.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica se permite expresar su conformidad con respecto al texto consultado, salvo las observaciones señaladas puntualmente, por lo que respetuosamente se sugiere a los y las señoras diputadas considerar éstas en mejora de la propuesta legislativa conforme con la normativa nacional e internacional que informa el Derecho de la Niñez y la Adolescencia.

Agradecida por la deferencia consultiva,


Montserrat Solano Carboni
Defensora de los Habitantes



c. archivo