

**LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES REALIZA CONSULTA DE  
CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY N° 19455 SOBRE EL  
CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA APROBADO EN PRIMER DEBATE**

**ASUNTO: CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD  
A PROYECTO DE LEY N° 19455.-  
CONSULTANTE: Juan Manuel Cordero  
Defensor de los Habitantes en funciones**

**Señoras y Señores Magistrados.-  
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**

Quien suscribe, **JUAN MANUEL CORDERO GONZÁLEZ**, mayor de edad, abogado, vecino de Heredia, portador de la cédula de identidad número 1-0682-0894; designado como Defensor Adjunto de los Habitantes de la República, según **Acuerdo Legislativo N° 6573-14-15**, de **sesión extraordinaria N° 148**, celebrada el 24 de febrero de 2015 por un periodo de cuatro años, comprendido entre el 26 de febrero de 2015 al 25 de febrero de 2019, ambas fechas inclusive, y actuando para este acto como **DEFENSOR DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA EN FUNCIONES**, en virtud de lo dispuesto en los artículos 11 y 16 del Reglamento a la Ley de la Defensoría de los Habitantes, Decreto Ejecutivo N° 22266 del 15 de junio de 1993, al asumir el puesto en carácter de titular ante renuncia de la ex jerarca interpuesta el día 5 de marzo de 2018, con el debido respeto comparezco ante esta Autoridad judicial para realizar consulta de constitucionalidad respecto del **Proyecto N° 19455**, aprobado en la Asamblea Legislativa en primer debate, en **Sesión Plenaria Ordinaria N° 131**, del pasado jueves 8 de febrero del año en curso, con base en las siguientes consideraciones:

**I. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES PARA EFECTUAR  
CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL.-**

La amplia legitimación de la Defensoría de los Habitantes para incoar acciones de toda índole, a la luz del **artículo 13** de su ley de creación y los **artículos 15, 29, 47, 73, 75, 96 inciso ch), siguientes y concordantes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional**, así como efectuar investigaciones de oficio o bien, por solicitud de habitantes, la ha dotado a lo largo de su existencia de información e insumos valiosos en diferentes ámbitos, los cuales le permiten colaborar con otras autoridades públicas y proveer de datos que les permitan contar con un conocimiento más amplio y preciso del trasfondo en los asuntos que atienden y que deben resolver.

Como es de conocimiento general, además de la defensa de los derechos e intereses de las personas en el país, la Defensoría también ejerce el control de legalidad sobre las actuaciones de la Administración activa, tal y como lo dispone su ley de creación:

*"ARTICULO 1.- Atribución general*

*La Defensoría de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes.*

*Este órgano velará porque el funcionamiento del sector público se ajuste a 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, deberá promocionar y divulgar los derechos de los habitantes. (Así reformado por el artículo 2 de la Ley Nº 7423 del 18 de julio de 1994)"*

No obstante, tal control de legalidad que ejerce la Defensoría no puede ser semejante al control de legalidad jurisdiccional ni al control de legalidad de instituciones contraloras, como el caso de la Contraloría General de la República, pues ello conllevaría una duplicidad de funciones. Por ende, la Defensoría debe velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la ley, la moral y la justicia, pero también a la Constitución Política, los tratados y los convenios internacionales, así como pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho. Esta aseveración incluye un elemento adicional y diferenciador con respecto a las tareas de la Defensoría, pues implica que el control de legalidad que ejerce, así como la protección y promoción de derechos fundamentales que efectúa deben ser sometidas por ende, al **control de constitucionalidad y de convencionalidad**, es decir, debe asegurarse que el funcionamiento del sector público se ajuste a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, por lo que el ejercicio de sus funciones lleva implícito necesariamente un **enfoque basado en derechos humanos**<sup>1</sup>. Por ende, como institución nacional de Derechos Humanos, así acreditada ante Naciones Unidas como institución con estatus A, a la luz de los **Principios de París**<sup>2</sup>, el mandato de la Defensoría de los Habitantes debe ser entendido de manera amplia pero enfocado en derechos humanos, dado que el control de legalidad que ejerce trasciende la aplicación del ordenamiento jurídico nacional y lo contrapone con el orden constitucional y el plano internacional de los derechos humanos, por lo que además implica el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad<sup>3</sup>. De tal suerte que la amplitud de competencia de esta Defensoría, trasciende de lo individual a lo macro, con el fin de brindar una mayor cobertura de protección a los derechos de los y las habitantes.

<sup>1</sup> "Tal como lo define la Comisión de Derechos Humanos de Australia, los enfoques basados en derechos humanos (EBDH) se refieren a la necesidad de transformar los derechos humanos de simples instrumentos legales a políticas efectivas, prácticas y realidades. "Los principios y estándares de derechos humanos proveen una guía sobre el "qué" se debe hacer para alcanzar libertad y dignidad para todos y todas. Un enfoque basado en derechos humanos enfatiza en cómo se alcanza el pleno goce de los derechos humanos (...) El enfoque basado en derechos humanos procura que estos se hagan realidad partiendo de las obligaciones básicas del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación alguna. Este enfoque también aborda los derechos humanos desde su interdependencia, integralidad, indivisibilidad y universalidad.", tomado de Australian Human Rights Commission, <https://www.humanrights.gov.au/human-rights-based-approaches>, año 2016.

<sup>2</sup> Comisión de Derechos Humanos, **Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos**, adoptados en marzo de 1992.

<sup>3</sup> El mundo.cr, Defensoría pide a Sala IV declarar inconstitucional el proyecto de presupuesto 2017, tomado de <http://www.elmundo.cr/defensoria-pide-sala-iv-declarar-presupuesto-inconstitucional/>, el 15 de febrero de 2017.

En el mismo orden de ideas, esta Sala Constitucional ha indicado:

*"(...) En síntesis, cabe concluir a) que el ordenamiento jurídico le ha otorgado al Defensor de los Habitantes una esfera de competencias sumamente amplia, que no es excluyente de otras competencias constitucionales o legales sobre la materia; b) que le compete supervisar el correcto funcionamiento de la Administración, para contribuir a asegurar su apego al Principio de Legalidad, así como proteger los derechos e intereses de los habitantes y, en esta medida, la ley le brinda todos los mecanismos necesarios para desempeñar esa tarea (...)"<sup>4</sup>*

Es en este orden de ideas que el ordenamiento jurídico le faculta igualmente a la Defensoría el ejercicio de este control de constitucionalidad y de convencionalidad en el caso de los diversos documentos normativos, particularmente de proyectos de ley, como es el caso presente y dirigir una consulta ante el órgano contralor de constitucionalidad para verificar que sus disposiciones no contravengan el marco constitucional ni convencional, según la **Ley de la Jurisdicción Constitucional**:

*"ARTICULO 96. Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos:*

*a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.*

*b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados.*

*c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional.*

*ch) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República. (...)*

*ARTICULO 98. Cuando se trate de reformas constitucionales, la consulta deberá hacerse después de su aprobación en primer debate, en primera legislatura, y antes de la definitiva. Cuando se trate de otros proyectos o actos legislativos sujetos al trámite de emisión de las leyes, deberá interponerse después de aprobados en primer debate y antes de serlo en tercero.*

*No obstante, cuando la Asamblea Legislativa tuviere un plazo constitucional o reglamentario para votar el proyecto, la consulta deberá hacerse con la anticipación debida, y el proyecto se votará aunque no se haya recibido el criterio de la Sala.*

*En los demás supuestos, la consulta deberá plantearse antes de la aprobación definitiva." (Lo resaltado es propio)*

<sup>4</sup> Sala Constitucional, **Voto N° 2000-7730**, del 30 de agosto de 2000.

Es con base en las anteriores consideraciones que la Defensoría procede a plantear la siguiente consulta de constitucionalidad y con este propósito, de seguido enunciará los hechos en virtud de los cuales procede con ésta.

## **II. HECHOS QUE CONTEXTUALIZAN LA CONSULTA DE LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES.**

A continuación se exponen hechos que se encuentran estrechamente relacionados con el objeto de la consulta de constitucionalidad en estudio y de los cuales ha tenido conocimiento la Defensoría:

**Primero:** Durante el 2015, la Defensoría conoció de la existencia del **Proyecto de Ley N° 19455**, el cual había ingresado a la corriente legislativa. No obstante, en el último trimestre de 2017, la Defensoría tuvo conocimiento de una denominada “mega moción” estudiada y discutida entre diputados, diputadas y autoridades del Poder Judicial, relacionada con el **Proyecto N° 19455** del Código Procesal de Familia.

**Segundo:** Si bien la Defensoría solicitó en reiteradas ocasiones a la funcionaria Patricia Sánchez, asesora del Diputado Luis Jiménez Succar, Jefe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Poder Legislativo participar en las sesiones informales de discusión de dicha “mega moción” para conocer su contenido, nunca le fue concedido dicho espacio, por lo que la Defensoría nunca tuvo espacio para conocer y por ende, emitir criterio alguno con respecto a la “mega moción”.

**Tercero:** Finalmente, se conoció que la “mega moción” había sido propuesta como texto sustitutivo al **Proyecto de Ley N° 19455**.

**Cuarto:** La Defensoría se enteró el viernes 9 de febrero que el Poder Ejecutivo había convocado el **Proyecto de Ley N° 19455**, dispensándosele de trámites y demás gestiones, todas estas diligencias efectuadas en un mismo día (convocatoria, dispensa de trámite, primer debate -Plenario-, votación primer debate -Plenario-, lectura de informe de mociones por el artículo 137 -Plenario-), el 07 de febrero de este año (ver **Anexo 1**) y, finalmente, el jueves 8 había sido aprobado en primer debate, con el sorpresivo hallazgo de que este texto sustitutivo modifica algunas figuras jurídicas que al día de hoy existen en garantía de los derechos de las partes en los procesos judiciales de familia.

**Quinto:** Asimismo, si bien es cierto en la misma Sesión Plenaria Ordinaria se aprobó una moción de consulta del texto del proyecto a diversas instituciones, la Defensoría no fue incluida como institución consultada, aún y teniendo conocimiento el Diputado Jefe de la Comisión de Asuntos Jurídicos de su interés en conocer el proyecto dicho. (**Anexo 2**)

En consecuencia, se trata de elementos fácticos que impulsaron la realización de la presente consulta, en la cual se expondrán los argumentos en virtud de los cuales existen para la Defensoría dudas razonables acerca de la constitucionalidad de algunas de sus normas.



### III. EL TEXTO BASE DEL PROYECTO N° 19455 Y SU TEXTO SUSTITUTIVO APROBADO EN PRIMER DEBATE.

El **Proyecto de Ley N° 19455** sobre el **Código Procesal de Familia** fue presentado al Plenario Legislativo el 19 de enero de 2015, según se desprende de los trámites que ha seguido en la corriente legislativa, tal y como se puede apreciar en el archivo adjunto (**Anexo 1**) y en la página web del Primer Poder de esta República. La Defensoría pudo corroborar que el texto base de este proyecto no modifica figuras jurídicas tal y como éste se aplica actualmente, a diferencia del texto sustitutivo que fue recientemente aprobado. (**Anexo 3, texto base del proyecto de ley, el cual se encuentra en el expediente legislativo**).

Además del texto base y del texto sustitutivo aprobado en primer debate, la Defensoría ha tenido conocimiento de al menos dos textos anteriores a este último, los cuales, al igual que el texto base del proyecto, tampoco modifican figuras jurídicas existentes y que operan en la actualidad.

#### A. Artículos del Texto Sustitutivo del Proyecto 19455 que pudieren ser contrarios a la Constitución Política y Tratados Internacionales de Derechos Humanos:

##### Participación de personas menores de edad:

###### "Artículo 31.- Deberes

*Son deberes de quienes administran justicia:*

*12..... Cuando la pretensión y el proceso lo permita, escuchar a las partes en conflicto y a aquellas personas cuyos derechos se está discutiendo en el proceso, a fin de conocer la opinión de ellas. (...)*

###### Artículo 195.- Opinión previa.

*Tratándose de personas menores de edad o con discapacidad que puedan externar su opinión, de previo a la homologación en la audiencia indicada, cuando se considere necesario para una mejor resolución, se escuchará su posición acerca de los aspectos conciliados que se refieran a derechos propios."*

Las personas menores de edad tienen derecho a ejercer una participación directa en los procesos y procedimientos en que se discutan sus derechos así como a ser escuchadas, y que su opinión sea considerada en la resolución que se dicte, garantizando sus derechos en los procesos, en función de su edad y grado de madurez.

En materia del reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad, es importante enmarcarlo en el **artículo 3.1 del Convención de los Derechos del Niño** dispone: "*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".* Esto significa que el derecho de todo niño, niña y adolescente, dependiendo del caso concreto, prevalece frente a otros derechos, aunque éstos sean legítimos.

La aplicación de este principio debe darse en todas las decisiones que afecten a un niño o niña. El Comité de los Derechos del Niño, en su Cuarto Informe dirigido a Costa Rica, le insta a que redoble

los esfuerzos, a efectos de que el principio del interés superior del niño se integre adecuadamente y se aplique de manera sistemática en todos los procesos legislativos, administrativos y judiciales, así como en los programas, políticas, proyectos relacionados con los niños o que los afecten, debiendo basarse toda sentencia judicial o decisión administrativa en este principio.

Así, en el análisis del proyecto de ley es el derecho a la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales fundamental para determinar el interés superior. Por ello preocupa quién define, por ejemplo, la "capacidad suficiente" (artículo 166 del proyecto en cuestión), ya que todas las personas deberían poder declarar y le corresponde al juez analizar la declaración con base en la libre valoración de la prueba, o bien acudir al equipo interdisciplinario si se encuentran elementos que requieran un abordaje integral.

Por su parte, se incluye en el **artículo 195** la facultad de la autoridad juzgadora de **considerar si es necesario** la participación de las personas con discapacidad. En ese sentido, cabe destacar que tanto la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, parten de la idea que las personas con discapacidad y personas adultas mayores **deben** poder ejercer los derechos humanos en pie de igualdad con los demás miembros de la sociedad. Ello implica el pleno reconocimiento de su capacidad jurídica.

Los **artículos 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y 30 de la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores**, impulsan un profundo cambio en el campo jurídico, que lamentablemente, no ha sido debidamente asimilado en nuestro país. En ese sentido, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que es el órgano de expertos independientes creado por la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que supervisa su aplicación, señaló en la Observación General Nº 1 (2014) del 19 de mayo de 2014:

*"(...) el Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas.*

Más adelante, dicho Comité señala:

*"El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás."*

Los artículos de las dos Convenciones mencionadas entienden que la capacidad de todas las personas es relativa. *"La sociedad no se divide en sujetos capaces e incapaces, sino que está conformada por sujetos con capacidades diversas que pueden encontrarse en diferentes*

*situaciones, tener más o menos dificultades para desarrollar su autonomía y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos para adoptar sus decisiones”<sup>5</sup>.*

En concreto, dichos artículos promueven el cambio del Modelo de Toma de Decisiones Sustitutivas por el de Toma de Decisiones con Apoyo. Mientras que en el primero, cuando una persona tiene dificultades para tomar decisiones se le nombra otra persona que lo reemplace (curatela); en el segundo, se le ofrece a la persona ayuda para que ella misma tome las decisiones. Así, en el párrafo 5) del artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en el párrafo 5) del artículo 30 de la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, se puede leer:

*“Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”*

Cuando este párrafo se refiere a que se respeten “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” significa que la persona no va a ser sustituida en la toma de decisiones. Ahora bien, las salvaguardias o ayudas que los Estados deben facilitar tienen que ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona.

## **B. Sobre la modificación de la figura del apremio en el Texto Sustitutivo al Proyecto 19455**

El texto aprobado en primer debate consigna varias normas que, para la Defensoría de los Habitantes, modifican la medida del apremio corporal tal y como está establecida en el presente, lo que constituye un debilitamiento del único mecanismo efectivo que garantiza el cumplimiento del derecho humano a los alimentos.

Se trata de las siguientes normas del proyecto en cuestión:

### ***“Artículo 269.- Audiencia previa de conciliación***

*Si la demanda es admisible, dentro de los diez días hábiles a la presentación de la demanda o de su corrección, el tribunal convocará a las partes a una audiencia previa de conciliación con el fin de avenir a las partes a un arreglo conciliatorio acerca de la obligatoria alimentaria. La autoridad judicial podrá consultar antes de esa audiencia la información de planillas reportadas ante la Caja Costarricense de Seguro Social o verificar cualquier dato de ingreso salarial de la persona deudora directamente ante su ente patronal o de registros de bienes por los medios que considere prudentes.*

---

<sup>5</sup> Cuenca Gómez (Patricia) Los Derechos Fundamentales de las Personas con Discapacidad. Un Análisis a la Luz de la Convención de la ONU, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, p. 202

(...)

**Artículo 270.- Sentencia anticipada**

*Si no se pudiere realizar la audiencia previa o no prosperare en ella una conciliación entre las partes, se procederá al dictado de una resolución con carácter de sentencia anticipada que deberá contener:*

- 1- La razón y fundamento de la existencia del derecho para la prestación alimentaria.*
- 2- El monto razonado de la cuota alimentaria mensual para cada una de las personas beneficiarias.*
- 3- Indicación de obligación de pago de la cuota de aguinaldo y de salario escolar o gasto de inicio de lecciones, según proceda.*
- 4- Advertencia de la existencia del aumento automático de la cuota alimentaria de acuerdo con lo normado en este Código.*
- 5- En caso de haberse pedido y de que haya existido la condena en el proceso respectivo, la fijación del monto de pago de las cuotas alimentarias retroactivas y los gastos de embarazo y maternidad cuando corresponde en esta sede, ambas reguladas en el artículo 96 del Código de Familia.*
- 6- Apercibimiento de la existencia del apremio corporal a pedido de parte en caso de no cumplimiento de la obligación alimentaria.*
- 7- Apercibimiento a la persona demandada para la oposición a la sentencia anticipada y la indicación de la facultad de establecer medio o lugar para escuchar notificaciones futuras.*
- 8- La orden de retención salarial que haya sido solicitada y en la cual se tenga la información necesaria para ello.*
- 9- La orden de inclusión en el índice de personas obligadas.*

*A fin de notificar esta resolución, a criterio del despacho por haberse agotado otras posibilidades, se podrá ordenar allanamiento del lugar en donde se oculte la persona deudora; esta actuación será verificada por la autoridad judicial que conoce del asunto u otra debidamente comisionada al efecto según los procedimientos dados en el Código Procesal Penal.”*

Las anteriores normas se encuentran dentro de la **Sección II: Procedimiento principal de fijación de cuota alimentaria** y la Defensoría cuestiona la constitucionalidad de su contenido, así como del resto de esta Sección, relacionada con el procedimiento principal de fijación de cuota alimentaria, pues se echa de menos la fijación de la pensión provisional, la cual en la actualidad se fija de inmediato con el traslado de la demanda, aspecto que en el nuevo procedimiento contemplado en el proyecto de ley no operaría con esa celeridad, pues parece postergar su fijación hasta diez días hábiles después, durante la audiencia de conciliación. En caso de no prosperar ésta, se procedería al dictado de la sentencia anticipada, al cabo de diez días hábiles, según se desprende y no inmediatamente con el traslado de la demanda, como opera actualmente. En definitiva, para la Defensoría la supresión de la fijación provisional de la obligación alimentaria posee vicios de inconstitucionalidad al dilatar la efectividad de un derecho humano y sus garantías, así reconocido por el orden constitucional y convencional y además, declarado por la ley como una obligación perentoria, personalísima, irrenunciable y prioritaria.

Si bien es cierto en los procesos de protección cautelar se contempla la posibilidad legal de otorgar una pensión provisional como medida de protección, según lo establece el **artículo 237** del proyecto, dada la perentoriedad y prioridad del derecho humano a los alimentos, la

Defensoría estima que el monto de la pensión debe ser fijado en forma inmediata, en el traslado de la demanda:

**"Artículo 237.- Medidas de protección para la tutela de derechos**

*Para la tutela de los derechos se podrán decretar las siguientes medidas de protección:*

- 1- Suspender o modificar provisionalmente cualquier medida o acuerdo conciliatorio extrajudicial que viole o amenace violar los derechos consagrados en la normativa sustantiva.*
- 2- Ordenar en forma inmediata la atención de carácter médico, educativo u otro, que requiera la situación.*
- 3- Nombrar a una persona como representante específica cuando exista interés contrapuesto.*
- 4- Ordenar el pago de una pensión alimentaria provisional, en cuyo caso una vez establecida se deberá enviar de inmediato el correspondiente legajo al despacho de la materia alimentaria competente para que se continúe con el procedimiento según el trámite previsto en este código. (...)*

En este sentido y aunque luego se ahondará en este tema, cabe destacar que la Corte Interamericana ha tomado en consideración que la "observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño" y por lo tanto, "no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales". (Corte IDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina, párr. 105).

Los tratados internacionales de derechos humanos que se citarán *supra*, generan una esfera de protección de los derechos humanos de las niñas y los niños que reconoce la existencia de obligaciones adicionales de protección a cargo de los Estados. La protección especial a la niñez, por ejemplo, se funda sobre el reconocimiento de que los Estados deben tomar, de acuerdo con la particular circunstancia vital de los niños que determina su mayor vulnerabilidad, medidas especiales adicionales a las que, en un caso equivalente, correspondería adoptar con adultos.

**"Artículo 283.- Apremio corporal**

*En caso de no cumplirse el pago de la deuda alimentaria, a petición de la parte acreedora se podrá girar contra la persona deudora mayor de edad y menor de sesenta y cinco años, orden de apremio corporal; la cual procederá hasta para el cobro de seis mensualidades incluyendo la presente, además de los rubros de aguinaldo, salario escolar o gastos de inicio de lecciones y los otros tipos de gastos extraordinarios; éstos últimos únicamente cuando se trata de gastos establecidos con carácter de urgencia.*

*Para el cumplimiento de la orden de apremio indicada en el párrafo anterior se seguirá la siguiente gradualidad:*

*La primera orden de apremio será girada hasta por dos meses.*

*La segunda orden de apremio será girada hasta por cuatro meses.*

*A partir de la tercera orden de apremio ésta podrá ser girada hasta por seis meses.*

---

**2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes**

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: correspondencia@dhr.go.cr • Calle 22, Ave. 7, Barrio México



*Se podrá excluir del cumplimiento de la orden de apremio corporal a aquellas personas que se encuentren en estado avanzado de embarazo o que se encuentren con una situación de salud que su condición de apremiado pueda causarle una afectación mayor a su condición, todo a juicio del tribunal.*

*Para el cumplimiento de la orden de apremio corporal podrá extenderse, a pedido de la parte gestionante y luego de agotadas otras formas para hacer efectiva la orden, allanamiento del lugar en donde se oculte la persona deudora, cuya actuación verificará la autoridad judicial que conoce del asunto o comisionar a otro despacho, todo según los procedimientos dados en la legislación procesal penal.*

*No procede el apremio corporal contra la persona deudora a quien se le retiene la cuota alimentaria de su fuente de ingreso por orden de la autoridad judicial y se ha verificado tal retención en forma periódica; salvo que la retención fuera incompleta o existieran cuotas pendientes, pero previo a esto debe hacerse una advertencia de pago por cinco días.*

*Ninguna persona deudora alimentaria podrá estar en apremio corporal por más de seis meses, al vencimiento de este plazo se ordenará su libertad y lo no pagado podrá cobrarse mediante vía de cobro ejecutivo; pero si se activa esta vía estando aún apremiada la persona deudora, cesa dicho estado en forma inmediata; todo sin perjuicio de que las cuotas de alimentos, que corren en tanto se mantenga el apremio, podrán cobrarse también por aquella vía ejecutoria sin necesidad de que se haya solicitado el respectivo apremio."*

Respecto a esta norma, se incluye una "gradualidad" para el cumplimiento de la orden de apremio que no existe en la ley de pensiones alimentarias vigente. La Defensoría estima que la redacción de la disposición no es clara y se puede prestar para al menos, tres interpretaciones distintas y según sea la interpretación que cada operador de justicia aplique, abiertamente perjudicará a las partes actoras en los procesos de pensiones alimentarias.

Una primera interpretación que se puede hacer es que la gradualidad para el cumplimiento de la orden de apremio se refiera a su vigencia, entonces puede entenderse que la parte interesada en solicitar una orden de apremio por primera vez, obtendrá dicha orden por una vigencia de dos meses, la segunda con una vigencia de cuatro meses y la tercera, con vigencia de seis meses. De ser este el caso, los juzgados de pensiones alimentarias se descongestionarían considerablemente al no emitir órdenes de apremio constantemente, pues se reducirían a estos tres momentos durante el lapso de seis meses. Para las partes interesadas en solicitar dicha orden también sería beneficioso por cuanto no tendrían que acudir mes a mes a solicitar las órdenes, sino en tres ocasiones en el lapso de un año, lo cual disminuiría el desgaste para éstas y para los funcionarios judiciales y administrativos que las expiden y ejecutan. Considera la Defensoría que, de interpretarse la norma de esta forma, resultaría positivo para todas las partes involucradas a este respecto.

Una segunda interpretación conduciría a entender que la primera orden se giraría hasta el segundo mes de incumplimiento; la segunda, hasta el cuarto mes de incumplimiento y la tercera, hasta el sexto mes sin que medie depósito. Evidentemente se trata de una interpretación que, aunque también ayudaría a descongestionar despachos judiciales, resultaría abiertamente perjudicial para las y los acreedores y beneficiarios alimentarios. De ahí la preocupación de la Defensoría en cuanto a que dicha interpretación se genere a nivel de los

juzgadores en los casos de pensiones alimentarias.

Finalmente, la tercera interpretación se puede dar en el sentido de que la gradualidad se aplicaría respecto a la vigencia del término del apremio, es decir, que si se trata de la primera orden girada contra el deudor alimentario, ésta será girada para que el apremiado esté en detención por dos meses la primera vez; la segunda orden sería girada para una detención de cuatro meses y finalmente, la tercera orden sería emitida por una detención de seis meses.

La Defensoría considera que al existir margen para diversas interpretaciones de una disposición, su redacción no es lo suficientemente clara y precisa para expresar la idea exacta, motivo por el cual la redacción acerca de la gradualidad de la orden de apremio debe ser dispuesta de manera que no genere ninguna duda al respecto y además establecida en forma tal, que beneficie a la parte más vulnerable en la obligación de las pensiones alimentarias, entendiéndose a los acreedores o beneficiarios alimentarios.

Asimismo, la Defensoría cuestiona la constitucionalidad del párrafo siguiente, dentro de esta misma disposición:

*"(...) Se podrá excluir del cumplimiento de la orden de apremio corporal a aquellas personas que se encuentren en estado avanzado de embarazo o que se encuentren con una situación de salud que su condición de apremiado pueda causarle una afectación mayor a su condición, todo a juicio del tribunal. (...)"*

La Defensoría considera riesgoso librar al juicio del tribunal aspectos médicos relacionados con la situación de salud del potencial apremiado, por lo que debería al menos el juzgador contar con una constancia médica expedida por personal médico de la Caja Costarricense de Seguro Social o del Complejo de Ciencias Forenses, que le certifique que la condición de salud del eventual apremiado es realmente precaria y, además, que su detención podría agravarla aún más.

Asimismo, la Defensoría también cuestiona la constitucionalidad de la norma siguiente:

***"Artículo 284.- Medida especial de apremio corporal.***

*A solicitud de la parte deudora y tomando en cuenta las condiciones particulares de ésta, la Autoridad Judicial podrá imponer una medida especial de apremio corporal nocturno que correrá a partir de las veinte horas hasta las cinco horas del día siguiente, hasta por un plazo máximo de seis meses.*

*En caso de que el deudor demuestre que su búsqueda de trabajo o ingresos la hará en horario nocturno, el juez podrá ordenar que la medida especial se cumpla en horas diurnas, al cual no le podrán aplicar más de ocho horas diarias.*

*Si la persona obligada incumple con el horario de la medida especial de apremio corporal, la Autoridad Judicial procederá a cesar el beneficio y ordenará el apremio corporal de veinticuatro horas dispuesto en el artículo anterior de esta Ley, sin perjuicio de que pueda ser denunciado por desobediencia a la autoridad.*

*El tiempo cumplido durante la medida especial de apremio corporal se conmutará en proporción uno a uno, en caso de que se aplique la medida del apremio corporal por causa de incumplimiento."*

En definitiva, la Defensoría considera inconstitucional el contenido del **artículo 284** del proyecto de ley, en parte porque pareciera que intenta beneficiar inicialmente a quien ha incumplido ya con su obligación alimentaria, lo cual es paradójico y envía un mensaje negativo a la parte afectada con el incumplimiento, la cual es en la aplastante mayoría de los casos la más vulnerable y dependiente, pues además quien la solicita es la parte deudora justamente y la acreedora no tiene posibilidad de oponerse. Por otra parte, alude a tomar en cuenta "las condiciones particulares" de la parte solicitante, según las cuales resulte procedente para decretar esta medida especial de apremio corporal sin detallar claramente de cuáles supuestos se trataría.

Esta disposición además acorta el tiempo del apremio de 24 a solo 8 horas, sustentado en que el deudor alimentario pueda buscar trabajo, cuando en el ordenamiento jurídico actual y en el propio proyecto existen normas que admiten las solicitudes para la búsqueda de trabajo. Reducir el tiempo del apremio a solo ocho horas alargará más el incumplimiento de la obligación alimentaria, pues no existe ninguna garantía que al cabo de esas ocho horas estando apremiado, el deudor no huya o se oculte nuevamente para evadir dicha responsabilidad, lo cual obligaría a la parte actora a empezar de cero una vez más, siendo esto inaceptable, dada la naturaleza de los alimentos como derecho humano impostergable y de acuerdo con el **artículo 2** de la **Ley de Pensiones Alimentarias**, como una obligación perentoria, personalísima, irrenunciable y prioritaria y dado que la medida de apremio corporal tal cual se encuentra establecida en la actualidad, constituye la única garantía eficaz probada, para compeler al renuente al cumplimiento de su obligación, cual es la satisfacción de dicho derecho humano.

Tal y como se desarrollará más adelante, la medida del apremio corporal tal y como está establecida actualmente, ha resultado ser el mecanismo más eficaz para lograr el cumplimiento con la obligación alimentaria y como también se expondrá, mantener su aplicación tal y como se encuentra hoy día ni siquiera genera un impacto importante para el sistema penitenciario.

En consecuencia, la Defensoría estima inconstitucional la presente norma por lo cual solicita se suprima del todo del texto del proyecto consultado.

Asimismo, la Defensoría posee importantes cuestionamientos respecto del artículo 286, el cual establece lo siguiente:

**"Artículo 286.- Fondo para el pago transitorio de la obligación Alimentaria.**

*Créase el Fondo de Pensiones Alimentarias para cubrir cualquiera de las obligaciones alimentarias que se encuentren pendientes de pago, total o parcialmente, que por razones debidamente justificadas ante el Juzgado de Pensiones respectivo no hayan podido ser cubiertas por la persona deudora.*

*Para administrar dicho Fondo, la Corte Suprema de Justicia designará el órgano o departamento competente para tales efectos. Sus recursos provendrán del 15% de los dineros y los intereses*

---

**2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes**

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: [correspondencia@dhr.go.cr](mailto:correspondencia@dhr.go.cr) • Calle 22, Ave. 7, Barrio México

*por ellos generados, de los depósitos judiciales en cuentas bancarias, certificados a plazo o cualquier otro producto financiero en cualquier tipo de moneda, que provengan de procesos judiciales concluidos o abandonados, previamente así declarados por la autoridad judicial correspondiente.*

*El porcentaje indicado en el párrafo anterior deberá aplicarse sobre la totalidad de los recursos existentes al momento de entrar en vigencia la presente Ley, y su giro se hará por única vez.*

*Estos recursos serán utilizados como fondos reembolsables para el pago de la obligación alimentaria y podrán ser utilizados por cualquier persona deudora alimentaria que posea un título de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles que pueda ser colocado como garantía real. Para los bienes inmuebles se utilizará la valoración efectuada por Municipalidad correspondiente y en el caso de los bienes muebles, el valor fiscal del Ministerio de Hacienda.*

*Los montos que sean desembolsados por el fondo a favor de la persona deudora que califique y lo haya solicitado formalmente, devengarán intereses correspondientes a la tasa básica pasiva del Banco Central. En caso de incumplimiento se seguirá lo dispuesto en la Ley de Cobro Judicial No. 8624 del 20 de mayo de 2008.”*

La Defensoría observa una serie de “lagunas” en la disposición citada, pues ésta es omisa en describir las condiciones específicas en virtud de las cuales un deudor alimentario podría recurrir al Fondo de Pensiones Alimentarias para honrar su obligación, ofreciendo en garantía un bien mueble o inmueble. Asimismo, si bien es cierto la norma alude al potencial órgano que administraría dicho fondo, no indica sobre cuál autoridad recaerá el trámite de analizar y aprobar las solicitudes, así como las garantías para verificar su viabilidad y las condiciones de las operaciones para optar por estos recursos reembolsables. En consecuencia, se solicita a la Sala verificar la constitucionalidad de la norma, pues tal y como se encuentra redactada a este momento, pareciera poco probable garantizar la satisfacción del derecho humano a los alimentos por esta vía.

### **C. Modificación del proceso de declaratoria de adoptabilidad:**

Actualmente, el proceso de adopción es un proceso que se da en sede administrativa, pero el Proyecto de Ley en consulta dispone un procedimiento que reduce sustancialmente a determinados casos la intervención del Patronato Nacional de la Infancia:

#### **Artículo 294.- Requisitos previos a la adopción**

*Para el trámite de la adopción de una persona menor de edad se deberán presentar las copias certificadas de la sentencia firme de la autoridad judicial que ha declarado adoptabilidad en el respectivo proceso de terminación de los atributos de la responsabilidad parental o de la declaratoria de adoptabilidad emanada del Patronato Nacional de la Infancia y tratándose de adopción internacional, de la autoridad central.*

#### **Artículo 295.- Adoptabilidad en sede administrativa.**

*La declaratoria de adoptabilidad de una persona menor de edad expósita o huérfana de padre y madre sin sujeción a tutela será declarada en sede administrativa en el Patronato Nacional de la Infancia.*

*En caso de que exista oposición fundada en sede administrativa, el Patronato Nacional de la Infancia deberá interponer la petición de declaratoria en sede judicial mediante el proceso resolutivo familiar.*

---

### **2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes**

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: [correspondencia@dhr.go.cr](mailto:correspondencia@dhr.go.cr) • Calle 22, Ave. 7, Barrio México



Esto por cuanto pudiere presentar roces de inconstitucionalidad por violación al artículo 33 de la Constitución Política.

#### IV. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES PARA LA PRESENTE CONSULTA

En este apartado se expondrá los fundamentos jurídicos que dan sustento a la presente consulta y los cuales resultarían violentados en caso de aprobarse las normas consultadas tal y como figuran actualmente en el proyecto de ley referido.

##### A. El derecho de las personas menores a ser escuchados:

El Comité de los Derechos del Niño ha sido enfático en este punto al señalar en la **Observación General N° 12**, El Derecho del Niño a ser Escuchado (2009):

*"(...) 20. Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio". Estos términos **no** deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.*

*21. El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente:*

- *En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está 'firmemente asentado en la vida diaria del niño' desde las primeras etapas<sup>6</sup>. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente<sup>7</sup>. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.*
- *En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.*
- *En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por*

<sup>6</sup> CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 14.

<sup>7</sup> Véase Lansdown, G., "The evolving capacities of the child", Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF/Save the Children, Florencia (2005).



*ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.*

- *Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño. (...)" (Lo resaltado es propio).*

Con respecto al derecho a "ser escuchado", éste implica que a la persona menor de edad se le escuchará y se tomarán en cuenta sus opiniones y consideraciones. El Comité de los Derechos del Niño en la misma **Observación General N° 12**, establece:

*"(...) 28. Es necesario tener 'debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño'. Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.*

*29. Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.*

*30. 'Madurez' hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño. (...)"*

Por otra parte, la **Observación General N° 12** establece claramente el derecho del niño a ser escuchado en los procesos judiciales de familia, destacando lo siguiente: "Divorcio y separación:

*"(...) 51. En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por el tribunal. Muchas jurisdicciones han incluido en sus leyes, respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al 'interés superior del niño'.*

*52. Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de*

mediación. Algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, la Convención prevé que este asunto se determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño.

#### Separación de los padres y formas sustitutivas de cuidado

53. Cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño. La intervención puede iniciarse a raíz de una queja de un niño, otro familiar o un miembro de la comunidad en que se denuncie el abuso o la negligencia en la familia.

54. La experiencia del Comité es que los Estados partes no siempre tienen en cuenta el derecho del niño a ser escuchado. El Comité recomienda que los Estados partes garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño, en particular en las decisiones relativas a su asignación a hogares de acogimiento familiar o de guarda, la elaboración y revisión de planes de guarda y las visitas a los padres y la familia.

#### Adopción y kafala del derecho islámico

55. Cuando se haya previsto para un niño la adopción o la kafala del derecho islámico y finalmente vaya a ser adoptado o tutelado en régimen de kafala, es de vital importancia que el niño sea escuchado. Este proceso también es necesario cuando los padres adoptivos o el hogar de guarda adopten a un niño, aunque el niño y los padres adoptivos ya hayan estado viviendo juntos durante algún tiempo.

56. El artículo 21 de la Convención estipula que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial. En las decisiones relativas a la adopción, la kafala u otros tipos de acogimiento, el "interés superior" del niño no puede determinarse sin tomar en consideración las opiniones del niño. El Comité insta a todos los Estados partes a que informen al niño, de ser posible, sobre los efectos de la adopción, la kafala u otros tipos de acogimiento y a que garanticen mediante leyes que las opiniones del niño sean escuchadas. (...)”

### **B. El derecho a los alimentos como derecho humano**

Normas de la Carta Magna costarricense fundamentan la existencia del derecho a los alimentos como derecho humano por una parte y por otra, otorga protección especial de parte del Estado a poblaciones vulnerables, tales como las personas con discapacidad, las personas adultas mayores, las personas menores de edad y las mujeres.

*"ARTÍCULO 51.- La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente, tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido."*

Asimismo, el derecho humano a los alimentos se encuentra directamente asociado con el derecho a la vida, el cual se encuentra contemplado en el **artículo 21 constitucional** y el **artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** (en adelante **CADH**).

---

#### **2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes**

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: [correspondencia@dhr.go.cr](mailto:correspondencia@dhr.go.cr) • Calle 22, Ave. 7, Barrio México

*"ARTÍCULO 21.- La vida humana es inviolable."*

La **Carta Magna** y la **Convención Americana de Derechos Humanos** prevén adicionalmente la privación de libertad de quienes incumplan sus obligaciones como garantía para el pago de alimentos, por cuanto se está hablando de la subsistencia de las poblaciones más vulnerables, las niñas y los niños y otros grupos dependientes, que no pueden valerse por sí mismos.

Este mecanismo forzoso, en el tanto sea dictado por una autoridad judicial competente contra el deudor que hubiese incumplido su obligación alimentaria, no resulta inconstitucional, por autorizarlo así la **Constitución Política, en el párrafo segundo del artículo 39** y resultar conforme a lo dispuesto en el **artículo 7.7 de la CADH**:

*'(...) 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.'*

Además, ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional, la cual ya se ha pronunciado acerca de la naturaleza del derecho a los alimentos y la medida de apremio corporal que lo garantiza<sup>8</sup>:

*"(...) IV.- La pensión alimentaria y la orden de apremio. Como ya se ha indicado por parte de este Tribunal, la prestación alimentaria deriva de los vínculos familiares que impone, ya sea el matrimonio, la patria potestad o bien el parentesco, y que tiene como objeto asegurar al beneficiario alimentario el suministro de aquellos extremos que resulten necesarios para su normal desarrollo físico y psíquico. De manera que, esta obligación tiene sustento tanto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que con su satisfacción se le garantiza al acreedor alimentario el disfrute de una serie de derechos humanos indispensables para su subsistencia y desarrollo integral, entre los que se incluyen, entre otros, el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda y a la educación (ver sentencias número 2001-07517, 2003-15392, 2008-8645 y 2009-441). Es justamente ese carácter fundamental de la obligación alimentaria el que justifica que incluso, se prevea la fijación de una pensión provisional mientras se conoce de una demanda de alimentos -a fin de que los acreedores alimentarios puedan satisfacer de forma inmediata sus necesidades básicas durante la tramitación y resolución de la respectiva demanda-, y que su pago se pueda garantizar por medio del apremio corporal, conforme lo establecido en los artículos 165 del Código de Familia, 21 y 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias (ver sentencia número 2003-8604). Este mecanismo forzoso, en el tanto sea dictado por una autoridad judicial competente contra el deudor que hubiese incumplido su obligación alimentaria, no resulta inconstitucional, por autorizarlos así la Constitución Política, en el párrafo segundo del artículo 39, y resultar conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: 'Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.'*

*Esta excepción y única modalidad de prisión por deuda encuentra su fundamento en la protección de valores constitucionales y de derechos humanos; y aunque consiste en una privación de libertad, no es de naturaleza penal. No obstante lo anterior, al tratarse de un límite a la libertad personal, debe aplicarse e interpretarse de forma restrictiva, para evitar que esta medida excepcional se convierta en la regla general, lo que implica que se deba dictar en relación con incumplimientos concretos, no en abstracto y que no debe prolongarse más del*

<sup>8</sup> Consulta judicial facultativa formulada por el Juzgado de Pensiones Alimentarias de Heredia, mediante resolución de las nueve horas veinticuatro minutos del veintiuno de julio del dos mil once, dictada dentro del expediente número 08-000210-0503-PA. Sala Constitucional, **Voto N° 2011015163**, de las doce horas y catorce minutos del 04 de noviembre de 2011.



*tiempo estrictamente necesario para obtener la satisfacción de la deuda alimentaria. Finalmente, reitera este Tribunal, que al tratarse de un límite a un derecho fundamental como lo es la libertad personal, cuyo fin es proteger los derechos de rango constitucional reconocidos a los menores de edad, es el legislador ordinario el que se encuentra facultado para diseñar con base en principios de razonabilidad y proporcionalidad el procedimiento correspondiente, así como los presupuestos y requisitos para su respectiva aplicación (ver sentencia número 2008-11922). (...)"*

En uno de sus informes finales también la Defensoría desarrolla el contenido del derecho alimentario como derecho humano y las disposiciones internas y convencionales de *hard law* y de *soft law* que lo sustentan:

### **"(...) III.- El derecho alimentario como derecho humano**

*El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos contextualiza el concepto de bienestar general al que todo ser humano debe tener acceso.*

**'Artículo 25.-** *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)'.*

*La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias reconoce el derecho alimentario como el derecho que detenta toda persona de recibir alimentos sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria o cualquier otra forma de discriminación.*

*Asimismo, el apartado a) del numeral 13 de la CEDAW obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas atinentes para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la vida económica y social con el fin de asegurar, entre otras cosas, el derecho a prestaciones familiares.*

*A nivel nacional, el Código de Familia define en su numeral 164 el concepto de **los alimentos** como aquellos que incluyen todo lo que es necesario para la subsistencia: alimento, vivienda, ropa, atención médica, educación y esparcimiento. Por su parte, el numeral 2 la Ley de Pensiones Alimentarias caracteriza la obligación alimentaria como perentoria, personalísima, irrenunciable y prioritaria.*

*Como se colige de lo anterior, tanto en el plano internacional como en lo local, el derecho a los alimentos se considera un derecho fundamental y de atención inmediata vinculado al derecho a la vida en el marco de los derechos humanos en el tanto implica subsistencia y, como tal, debe ser objeto de protección prioritaria y urgente. El derecho a los alimentos no debe esperar.*

### **IV.- El deber estatal de garantizar a las mujeres el acceso a la justicia en el ámbito del derecho a los alimentos**

*En el caso de la CEDAW, la normativa obliga al Estado Parte a brindar una protección efectiva de los derechos de las mujeres mediante los mecanismos idóneos al efecto, al señalar en el apartado c) de su artículo 2:*

*'Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y **garantizar por conducto de los tribunales nacionales competentes** y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación'. (El destacado no es parte del original).*

---

## **2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes**

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: [correspondencia@dhr.go.cr](mailto:correspondencia@dhr.go.cr) • Calle 22, Ave. 7, Barrio México



*La titularidad de un derecho conlleva implícito el derecho a su libre ejercicio, caso contrario se estaría ante su veda. En el caso específico del derecho a los alimentos, la población usuaria de la administración de justicia se perfila claramente femenina donde casi la totalidad de las personas usuarias son mujeres.*

*Al incurrir el obligado alimentario en deuda por incumplimiento, las mujeres accionan la justicia en su nombre y en representación de sus hijas e hijos en busca de una **justicia pronta y cumplida, con el fin de hacer valer el derecho a los alimentos**. Sobre este particular, no se debe omitir que durante la tramitación judicial de la pretensión alimentaria, ellas asumen automáticamente el soporte económico y de cuidado de las personas a su cargo, independientemente si el obligado alimentario honra o no la deuda.*

*El deber de garantía del acceso a la justicia tiene múltiples manifestaciones las cuales dan cuenta no solo de poder de ingreso de las beneficiarias al sistema sino de su permanencia en él, (...).<sup>9</sup>*

Debilitar el mecanismo que garantiza el derecho humano a los alimentos, por ende, resulta inaceptable, pues dicho debilitamiento no hace sino postergar la satisfacción de dicho derecho, en detrimento claro está de la población vulnerable que lo requiere.

#### **D. El apremio corporal como mecanismo efectivo para el cumplimiento de la obligación alimentaria y no como prisión por deudas**

Por medio de los casos e investigaciones propias e interinstitucionales que la Defensoría ha efectuado sobre el tema, ha llegado a la conclusión de que el apremio corporal es una medida conveniente, por cuanto es la que ofrece el mayor porcentaje de posibilidades de asegurar el cumplimiento de la deuda alimentaria, tal y como lo ha señalado en algunos de sus informes:

##### **"(...) II.- El apremio corporal**

*En investigación realizada por la Defensoría en el marco de una comisión interinstitucional, en la que participaron funcionarios y funcionarias del propio Poder Judicial en el año 2000, se dio cuenta de que el uso del mecanismo de apremio corporal es absolutamente indispensable para el cumplimiento del deber alimentario. En particular, de las personas entrevistadas acreedoras alimentarias, más de la mitad de ellas (60% del total de las entrevistadas) señalaron que debieron de recurrir al mecanismo de la orden de apremio corporal para lograr la cancelación de la deuda. Asimismo, indicaron que debieron esperar más de una semana para la tramitación de la misma.*

*Para la Defensoría es claro que cuando un derecho tiene la eficacia ligada a la orden de apremio, porque no hay depósito voluntario del dinero adeudado, deben tomarse medidas que coadyuven con la plataforma administrativa en la que descansa la eficacia del derecho.*

*La celeridad en la emisión y ejecución de la orden se convierte entonces en una necesidad inmediata, por lo que resulta inoportuno la dilación en la tramitación mensual de la solicitud de la orden de apremio que implica para las mujeres la obligación de regresar al*

<sup>9</sup> Defensoría de los Habitantes, **Informe Final con Recomendaciones N° 06765-2012-DHR** del 21 de junio de 2012.

*juzgado siete días hábiles después de haber firmado su solicitud, para poder diligenciarla ante la delegación policial respectiva.*

*La emisión de la orden de apremio requiere de la constatación del no pago, (SIC) por lo que lo deseable es la emisión de la orden de apremio al momento mismo de su solicitud - al no existir razón legal que lo impida- y con el fin de ser contestes con el principio de tutela judicial efectiva y en el caso específico, la necesidad de priorizar en favor de la acreedora alimentaria quien es la parte más débil de la relación. Para esta Defensoría obligar a las mujeres, que son las que en su mayoría, actúan en los procesos de pensión alimentaria, por sí mismas o en representación de sus hijos e hijas menores de edad, conlleva no sólo un gasto en recursos económicos, en tiempo, en permisos laborales y en búsqueda de alternativas de cuidado para los niños y niñas, sino también una irrazonable práctica judicial.*

*La figura del apremio corporal actúa con un doble efecto, como mecanismo de advertencia y como sanción, configura la parte coercitiva del derecho alimentario, por lo que debe garantizarse que la plataforma operativa responda a estas necesidades, como lo hacen muchos de los despachos judiciales de pensión alimentaria, no obstante subsisten muchos otros en los que la dilación en la emisión de la orden de apremio es la norma.*

*Por ello, urge una estandarización del trámite inmediato de la emisión de la orden de apremio y su homogenización en todos los despachos judiciales de la República en apego a los principios de la Ley de Pensiones Alimentarias, el Código de Familia y el artículo 3 de la Ley de Protección al Ciudadano que establece la uniformidad en los trámites y requisitos para las personas administradas.*

*En esta misma dirección, deben valorarse mecanismos más ágiles que el correo postal para la remisión de la orden a la delegación de la policía, para que éstas no lleguen tardíamente o, en el peor de los casos, vencidas a su destino, y se convierta en nugatorio el derecho alimentario. (...) <sup>40</sup>*

Asimismo, la Defensoría ha defendido en sus informes la importancia de la medida porque además, permite garantizar por esta vía y en favor de poblaciones vulnerables, el derecho humano a los alimentos, tal y como se detalló en el acápite anterior.<sup>11</sup>

El Ministerio de Seguridad Pública proporcionó a la Defensoría en el año 2013, información acerca de la cantidad de casos en los cuales se aplicó el apremio corporal en ese año. A partir de ésta, la Defensoría generó los siguientes resultados, a falta de la existencia de una estadística formal en la cartera de Seguridad Pública:

*"Resulta de interés destacar que en el caso del apremio corporal en pensiones alimentarias, la persona legisladora priorizó el derecho a los alimentos para la subsistencia -ligado al derecho a la vida- en contraposición al derecho de libertad de tránsito de manera temporal, autorizando el dictado de la orden de captura contra el deudor alimentario moroso en un*

---

<sup>10</sup> Defensoría de los Habitantes, **Informe Preliminar N° DH-MU-0111-2011** del 7 de marzo del 2011, mediante el cual pone en conocimiento de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia los principales ejes de la denuncia en materia de pensiones alimentarias que son de su competencia y sus respectivas recomendaciones.

<sup>11</sup> Defensoría de los Habitantes, **Informe Final con Recomendaciones N° 06765-2012-DHR** *op.cit.*

proceso que no tiene contenido sancionatorio como el penal, y que lo que busca es obligar al deudor a cumplir con su obligación.

Según datos proporcionados por el Ministerio de Seguridad Pública, la mayor cantidad de aprehensiones que se realizan en el país son por incumplimiento de pensiones alimentarias, para un total de 8.559 durante el año 2013, número que representa un 67% del total de las aprehensiones.

De ese total, un 72% de las personas realizan el pago antes que se ejecute el mandato judicial resultando solo un 28% de pensiones sin pagar, es decir para el año 2013 producto de una orden de apremio corporal se dejaron de pagar 2396 pensiones alimentarias de las 8559 que fueron giradas. Otro dato importante a destacar es que para el año 2013 el Ministerio de Justicia reportó que dentro del recinto penitenciario permanecieron un promedio mensual de 260 personas por pensiones alimentarias, y que de todas las personas que ingresaron al centro penitenciario solo el 10% se encontraron privadas de libertad por los 6 meses que impone la medida coercitiva.

Los datos expuestos muestran los resultados positivos de cumplimiento del pago alimentario por parte de las personas deudoras y dan cuenta de lo efectivo de la figura del apremio corporal. Ciertamente el apremio corporal actúa como una medida de aviso y coercitiva de pago, configurándose actualmente dentro de nuestro ámbito judicial, como el mecanismo por excelencia para la ejecución y cumplimiento del derecho alimentario. Sin embargo, a partir de la ejecución de órdenes de apremio un número muy bajo de personas finalmente acaban privadas de libertad, en este contexto la Defensoría no puede invisibilizar a este grupo de habitantes que, por diferentes situaciones se les ha imposibilitado el pago de la obligación alimentaria, en muchas ocasiones por no contar con un trabajo que provea los recursos para su cumplimiento.<sup>12</sup>

Asimismo, entre 2011 a 2012 y 2013 se manejaron los siguientes datos estadísticos, según el siguiente artículo periodístico relacionado con el tema de las pensiones alimentarias y las órdenes de apremio corporal, a propósito de una entrevista realizada a la jueza Msc. María Ester Brenes:

**"(...) El apremio corporal.** Los 75 juzgados de Pensiones del país tramitaron, al 2012, 138.410 asuntos como circulante activo. Anualmente, las causas aumentan entre un 7% y un 12%, (34.184 causas nuevas en el 2012). Las causas permanecen en ejecución, entre 18 y 25 años, tiempo promedio del derecho a recibir alimentos. Esto coincide con que la mayoría de las pensiones son solicitadas para personas menores de edad por sus madres.

El proyecto mencionado, induce a pensar que los tribunales utilizan el apremio de manera indiscriminada, cuando la realidad es otra. A pesar de las miles de causas activas (138.410) y de la solicitud de más de 100 apremios corporales diarios, en Goicoechea, que es el despacho de mayor circulante en el país, al 22 de octubre del 2013 había detenidas por impago de pensión 263 personas. Sin duda alguna, el apremio corporal como mecanismo coactivo para el cumplimiento de la obligación es efectivo en la gran mayoría de casos.

<sup>12</sup> Información proporcionada por el Ministerio de Seguridad Pública a la Defensoría de los Habitantes, mediante reuniones de la Comisión de Pensiones Alimentarias, integrada por el Poder Judicial, INAMU, Ministerio de Seguridad Pública y Defensoría de los Habitantes, las cuales fueron sostenidas el 22, 29 de enero, y 12 de febrero todas del 2014.

cuota alimentaria.

*El proyecto tampoco refiere a las circunstancias particulares de los recluidos por esta razón. Según el Informe del 2011 de la Defensoría de los Habitantes, con base en datos recopilados por el estudio de la Msc. María Ester Brenes, los recluidos en el módulo de pensiones de La Reforma están separados según sus condiciones. El pabellón A ubica a personas con problemas de drogadicción y alcoholismo. En ese estudio del 2011, se afirma que el 90% de esta población ingresó a la Unidad de Apremiados Corporales por cuanto sus propias madres interpusieron las demandas correspondientes por tener problemas de drogadicción. A igual conclusión arribó la Msc. Brenes, quien en el primer semestre de este año corroboró que, de los 263 recluidos por pensiones, 80 estaban en este pabellón, con problemas de adicción a drogas y alcohol.*





Estas cifras confirman que la cantidad de personas apremiadas es mínima proporcionalmente hablando respecto de la cantidad de demandas por pensión alimentaria que se tramitan actualmente y mínima respecto de la población privada de libertad, lo que corrobora que su presencia en los centros penitenciarios no impacta a dicho sistema ni incide en su sobrepoblación, como además lo constata el **Segundo Informe Estado de la Justicia**<sup>14</sup>:

*"Las personas adultas ingresan al sistema penitenciario: a. Por haber sido sentenciadas a descontar pena de prisión (ya sea que entren inmediatamente después de la sentencia, o por haberse revocado algún beneficio concedido para que cumplieran la pena en libertad) b. Por haberse dictado en su contra la prisión preventiva (restricción a la libertad durante la tramitación del proceso, sin que se haya dictado sentencia y con fines de asegurar el resultado de la causa) c. Por falta de pago de la pensión alimentaria (conocidos como apremiados dentro del sistema penal) d. Por tramitarse contra ellas proceso de extradición (personas extranjeras con procesos o sentencias en otro país y que son solicitadas a Costa Rica para que sean enviadas a enfrentar el proceso o la condena, conocidos como extraditables) e. Por haber sido encontradas autoras de un hecho delictivo pero no se les puede imponer pena por su estado mental y son enviadas con una medida de seguridad a CAPEMCO (Centro Atención para Personas con Enfermedad Mental en Conflicto con la Ley). Las tres últimas categorías (apremiados, extraditables y personas con medida de seguridad) no serán objeto de la presente investigación en vista de que no inciden en los niveles de hacinamiento por encontrarse detenidas o internadas en otros lugares. (...)"<sup>15</sup> (Lo resaltado es propio).*

Por otra parte, gráficos obtenidos de la misma fuente<sup>16</sup>, permiten analizar quiénes son las personas que más presentan demandas por pensión alimentaria a 2015, lo que confirma que se trata de las poblaciones vulnerables como mujeres que dependen económicamente de los deudores alimentarios y que por lo general tienen a su cargo el cuidado y la crianza de sus hijos e hijas, también parte de estas poblaciones. Asimismo, otro gráfico muestra cuáles resultan ser

<sup>14</sup> Londoño (María de los Ángeles). Estado de la Justicia. Segundo Informe Estado de la Justicia. Raíces judiciales del encarcelamiento ¿Quiénes son y por qué están en prisión?; San José, Costa Rica; 2016, 87p.

<sup>15</sup> Segundo Informe Estado de la Justicia, *op. cit.*, p. 20.

<sup>16</sup> Observatorio de Violencia de Género contra las Mujeres y Acceso a la Justicia del Poder Judicial.

los principales demandados, lo que corrobora que estos continúan siendo por mucho los principales proveedores económicos del núcleo familiar:



Estos gráficos además confirman lo manifestado por la jueza Msc. María Esther Brenes cuando afirma la existencia de estereotipos sexistas contra las mujeres que utilizan este medio coercitivo para obtener el pago de la cuota alimentaria y que la falta de pago constituye violencia patrimonial con las consecuentes violaciones al derecho humano a la vida de las personas beneficiarias. Además, la orden de apremio es interpretada por algunos como una prisión por deudas y es satanizada como medida extrema privativa de libertad, cuando se trata de la última medida coactiva que poseen las personas acreedoras alimentarias para garantizar su derecho a los alimentos, tal y como ha sido considerada en los diversos instrumentos nacionales y convencionales. Medida cuya aplicación tampoco es sencilla, si se consideran los

casos en los cuales los salarios de los apremiados no figuran en planillas, en parte por trabajar "en lo propio" y en parte, cuando se ocultan y se trasladan de un punto a otro del país para evitar las notificaciones y las aprehensiones.

Seguidamente se hará referencia a la tutela especial que a nivel legal, constitucional y convencional se le otorga a la familia, la mujer y la persona menor de edad.

#### **E. La tutela de la madre, la persona menor de edad y la familia en el ordenamiento interno e internacional.**

Si bien es cierto la siguiente normativa es ampliamente conocida por esta autoridad judicial, la Defensoría desea hacer un recuento detallado de ésta, dado que se trata de identificar las principales poblaciones vulnerables y principales personas beneficiarias alimentarias, quienes serían las potenciales afectadas de prosperar la aprobación del proyecto de ley consultado, tal y como figura actualmente.

##### **1. La tutela de la madre, la familia y la persona menor de edad conforme al bloque de constitucionalidad y de legalidad costarricenses.**

La Constitución Política costarricense establece la protección especial en favor de poblaciones vulnerables, como el caso de las madres, las familias y las personas menores de edad<sup>17</sup>:

***"Artículo 51.- La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido."***

El sistema jurídico costarricense es sumamente amplio y rico en la protección de los niños, niñas, adolescentes y las mujeres. Muestra incuestionable lo constituye el **Código de la Niñez y Adolescencia**, el cual reconoce en su contenido la obligación del Estado de adoptar las medidas de toda índole, necesarias para garantizar los derechos de las personas menores de edad. Asimismo, reconoce de forma expresa el interés superior de esta población y el principio de aplicación de la norma más favorable para la persona menor de edad, entre otras disposiciones<sup>18</sup>:

<sup>17</sup> Asimismo, la Carta Magna previó la existencia de una institución especializada en procurar dicha protección especial: **"ARTÍCULO 55.- La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado."**

<sup>18</sup> Otras citas relevantes son: "Artículo 15º- **Derecho al libre tránsito.** Toda persona menor de edad tendrá el derecho de permanecer en el país, transitar por sitios públicos y espacios comunitarios y recrearse sin más restricciones que las dispuestas en este Código y cualquier otra disposición legal, como las derivadas del ejercicio de la autoridad parental y las obligaciones escolares de los estudiantes.

Artículo 38º- **Subsidio supletorio.** Si el obligado preferente se ausentare, presentare incapacidad temporal o imposibilidad de hecho para cumplir con el deber de brindar alimentos a una persona menor de edad o una embarazada, el Estado le brindará supletoriamente los alimentos por medio de la incorporación de estas familias a procesos de promoción social y desarrollo humano, mediante programas interinstitucionales en los que, de acuerdo con su situación particular, intervendrán el Instituto Mixto de

**"Artículo 4º- Políticas estatales.** Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad.

En la formulación y ejecución de políticas, el acceso a los servicios públicos y su prestación se mantendrá siempre presente el interés superior de estas personas. Toda acción u omisión contraria a este principio constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población.

De conformidad con el régimen de protección especial que la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, este Código y leyes conexas garantizan a las personas menores de edad, el Estado no podrá alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas.

**Artículo 5º- Interés superior.** 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: a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades. b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve. d) La correspondencia entre el interés individual y el social. (...)

**Artículo 9º- Aplicación preferente.** En caso de duda, de hecho o de derecho, en la aplicación de este Código, se optará por la norma que resulte más favorable para la persona menor de edad según los criterios que caracterizan su interés superior. (...)

**Artículo 13º- Derecho a la protección estatal.** La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso

---

Ayuda Social, el Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Salud o cualquier otro necesario para garantizar un tratamiento integral a la familia con el apoyo de las redes de la sociedad civil organizada, establecidas para tal fin. Las embarazadas tendrán derecho al subsidio únicamente durante el período prenatal y de lactancia.

**Cuando los alimentos son reclamados en sede judicial y se constate que ocurre alguna de esas circunstancias, el juez gestionará el subsidio ante el Instituto Mixto de Ayuda Social. (...)**

**Artículo 112º- Interpretación de normas.** Al interpretar e integrar las normas procesales establecidas en este título, la autoridad judicial o administrativa deberá orientarse al cumplimiento del interés superior del niño y de los demás principios protectores consagrados en la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, los demás tratados internacionales atinentes a la materia, la normativa consagrada en este Código y el Código Procesal Civil; este último, cuando no contravenga los principios establecidos en esta ley.

Para la mejor determinación del interés superior del niño, la autoridad deberá contar con el apoyo y la consulta de un equipo interdisciplinario.

**Artículo 115º- Deberes de los jueces.** Serán deberes de los jueces que conozcan de asuntos en los que esté involucrada una persona menor de edad: a) (...) e) Reponer trámites o corregir, de oficio, las actuaciones que puedan violentar el derecho de igualdad o defensa de las partes. (...)"

---

## 2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: [correspondencia@dhr.go.cr](mailto:correspondencia@dhr.go.cr) • Calle 22, Ave. 7, Barrio México



intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral.

El Patronato Nacional de la Infancia, el Instituto Mixto de Ayuda Social y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social brindarán las oportunidades para la promoción y el desarrollo humano social, mediante los programas correspondientes y fortalecerán la creación de redes interinstitucionales, así como con las organizaciones de la sociedad civil que prevengan el abuso, el maltrato y la explotación, en sus distintas modalidades, contra las personas menores de edad. (...)" (Lo subrayado es propio).

Para el caso de las mujeres existen la **Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, la Ley contra la Violencia Doméstica, la Ley de Penalización de la Violencia contra la mujer, Ley contra Hostigamiento y Acoso sexual en el Empleo y la Docencia**, por citar algunas.

Estima la Defensoría que el bloque de legalidad que, en su conjunto regula la obligación alimentaria está concebido *per se*, a partir del supuesto de que el obligado alimentario es persona mayor de edad y el acreedor alimentario, por el contrario, es la persona vulnerable, que de acuerdo con dicha condición, debe ser especialmente protegida, lo cual se plasma en la tutela especial a la que se ha hecho referencia y, en el caso de la persona menor de edad, en el reconocimiento de su interés superior.

La jurisprudencia de los despachos judiciales costarricenses no ha sido ajena ni mucho menos al reconocimiento de este principio, por ejemplo: el Tribunal de Familia se ha destacado por efectuar un amplio desarrollo jurisprudencial acerca del principio de interés superior de la persona menor de edad.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> "(...) **VII.-** Es de interés público el cumplimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia y por consiguiente su defensa o restitución en caso de amenaza o violación de los mismos. **'EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE'**, es una premisa fundamental de la doctrina de la protección integral, es el principio rector del interés superior de niño, base para la interpretación y aplicación de la normativa de la niñez y la adolescencia. Artículos 1, y 5 de la Ley 7739, Código de la Niñez y Adolescencia. Con fundamento en este principio se establece una línea de acción de carácter obligatorio para las **instituciones públicas**, las entidades privadas de bienestar social, **los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los órganos administrativos**. El artículo 8 de dicho cuerpo legal recita: **JERARQUÍA NORMATIVA**. Las normas de este Código se aplicarán e interpretarán de conformidad con la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás fuentes normativas del derecho de la niñez y la adolescencia, de acuerdo con la siguiente jerarquía: a) La Constitución Política. b) La Convención sobre los Derechos del Niño. c) Los demás tratados y convenios internacionales sobre la materia. d) Los principios rectores de este Código. e) El Código de Familia y las leyes atinentes a la materia. f) Los usos y costumbres propios del medio sociocultural. g) Los principios generales del Derecho. Así mismo (SIC) los artículos 13, 29 y 30 de esta misma ley enuncia: **DERECHO A LA PROTECCIÓN ESTATAL**: La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral. (...) **VIII.-** También los artículos 3, 4, 6, 18, 19, 24 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Ley 7184 de 18 de julio de 1990, regula que **'En todas la medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos**

Con el propósito de abonar a la argumentación presente, doctrinariamente el interés superior es un principio orientador del actuar del Estado. En las palabras de Miguel Cillero Bruñol, experto en derechos de la niñez y adolescencia, se cita lo siguiente:

*"En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente 'inspirar' las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.*

*Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de 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, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño'.*

*En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un 'principio' que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el 'interés superior del niño' como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, 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."<sup>20</sup> (El subrayado no pertenece al original).*

Con el fin de abonar a la tutela especial de parte del Estado a las mujeres, las familias y las personas menores de edad, conforme el principio de su interés superior y a la interpretación integrada de normas que expone la Defensoría, se procederá en el acápite siguiente a estudiar su tutela en el bloque de convencionalidad y en sus instrumentos de *soft law*.<sup>21</sup>

## **2. La tutela de la madre, la familia y la persona menor de edad conforme al bloque de convencionalidad e instrumentos de *soft law*.**

---

*legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.'* (...) "Tribunal de Familia, **Voto N° 1611-03**, de las 15:00 horas, del 12 de noviembre de 2003.

<sup>20</sup> CILLERO BRUÑOL, (Miguel). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en [www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf).

<sup>21</sup> Curiosamente, una norma vigente constituye el subsidio supletorio contemplado en el **numeral 38** de anterior cita, el cual establece la posibilidad de que ciertas instituciones públicas con proyección social como el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Salud o cualquier otra competente para garantizar los derechos fundamentales de la población menor de edad, intervenga en ausencia, incapacidad temporal o imposibilidad de hecho de la parte deudora alimentaria persona menor de edad para cumplir con el deber de brindar alimentos a su hijo o hija o una embarazada. No obstante, la Defensoría tiene conocimiento de que esta disposición ha sido de poca o ninguna aplicación en el país, para atender estos casos por parte de los jueces y juezas. Esta información se ha recabado de forma verbal con una jueza y un coordinador de un despacho de pensiones alimentarias, pues no existen en el Poder Judicial estadísticas oficialmente establecidas al respecto.

---

## **2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes**

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: [correspondencia@dhr.go.cr](mailto:correspondencia@dhr.go.cr) • Calle 22, Ave. 7, Barrio México

El bloque de convencionalidad<sup>22</sup> establecido para asegurar la tutela de las familias, la mujer y del interés superior de las personas menores de edad comprende entre otros, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, específicamente sus **artículos 23 y 24**.<sup>23</sup>

Adicionalmente, el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, reconoce en sus **artículos 3 y 10** el deber de los Estados partes de adoptar medidas especiales de protección en favor de las mujeres, las familias y personas menores de edad, sin ningún tipo de discriminación.<sup>24</sup>

Sucesivamente, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José**<sup>25</sup> impuso a sus Estados partes la obligación de aplicar medidas de protección adecuadas a las familias, las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, estos últimos de acuerdo con su condición de persona menor de edad.<sup>26</sup>

Posteriormente y de manera amplia, por una parte, la **Convención de los Derechos del Niño** (1989)<sup>27</sup> ratificó en forma expresa e incuestionable, el reconocimiento del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el compromiso de las instituciones públicas de los Estados

<sup>22</sup> Ya la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** reconocía la protección especial que se le debe prodigar a la niñez en general, en su **artículo 25, párrafo 2**: "Artículo 25. 1. (...). 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales." Asimismo, la **Declaración de los Derechos del Niño**, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, reconoció que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (...)"

<sup>23</sup> "Artículo 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (...)"

Artículo 24.1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. (...)"

<sup>24</sup> "Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.(...)"

Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligro su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil."

<sup>25</sup> Firmada por Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 03 de febrero de 1970.

<sup>26</sup> "Artículo 17. **Protección a la Familia.** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. (...) 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. (...)"

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."

<sup>27</sup> Firmada por Costa Rica el 26 de enero y ratificada el 21 de agosto de 1990.

parte de adoptar las medidas concernientes a las personas menores de edad, en conformidad con dicho principio en todas sus disposiciones.<sup>28</sup> Por otra parte, entre otros instrumentos supranacionales, la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)** constató la importancia de la lucha contra la discriminación que afecta a la población femenina en general<sup>29</sup>.

A la par del anterior conglomerado normativo convencional, existen instrumentos adicionales de *soft law*<sup>30</sup> que han venido a otorgarle interpretación auténtica a sus alcances, así como instrumentos dirigidos a operativizar sus disposiciones.

En este sentido, la **Observación General N° 14** del Comité de los Derechos del Niño ha reconocido el interés superior de la persona menor de edad como un principio, un derecho y una norma de procedimiento. Por su parte la **Recomendación General N° 6 del Comité CEDAW**, en la cual se les solicita a los Estados parte supervisar la situación general de la mujer en los países.

Las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos además certifican el reconocimiento del principio del interés superior a nivel interamericano, como lo ha hecho en su **Opinión Consultiva N° OC-17/02, párrafos 95, 98 y 116**, sobre la condición jurídica y

<sup>28</sup> "ARTICULO 1. Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

ARTICULO 2.1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico, o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. (...).

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. (...)

ARTICULO 37. Los Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad. b) (...). "(Cursiva y subrayado no es del original).

<sup>29</sup> "Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer (...)"

<sup>30</sup> Los siguientes instrumentos o reglas que se citan a continuación han sido reconocidos por la Corte Interamericana en sus resoluciones como parte del *corpus iuris* de la tutela jurídica de la infancia, particularmente en el ámbito de la materia penal juvenil.



derechos humanos del niño o bien, en el caso de **"Los Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, párrafo 194** y en el caso **Fornerón e hija Vs. Argentina, párrafo 44**; caso **"Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, párrafo 209**; entre otros.

Así por ejemplo, en el caso **Furlan y familiares Vs. Argentina, párrafo 242**, la Corte IDH concluyó que:

*"(...) el tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor (...)"*

La Corte IDH además señaló en el caso **Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párrafo 196**, lo siguiente:

*"(...) el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos (...)"*

Con respecto a la tutela de la mujer, la Corte Interamericana igualmente ha emitido resoluciones de enorme relevancia, entre las cuales figura la conocida como **"Campo Algodonero"**, en la cual esta autoridad supranacional reiteró la obligación de los Estados de contar con un marco jurídico de protección que contenga políticas de prevención y prácticas para actuar eficazmente ante las denuncias y una estrategia de prevención integral que permita prevenir los factores de riesgo y fortalecer las instituciones para dar una respuesta efectiva a los casos de violencia de cualquier tipo contra la mujer.

En estos casos, la Defensoría sostiene que el interés superior de la persona menor de edad por una parte y la perspectiva de género y la consecuente protección que se le debe brindar a la mujer por otra, deben permear la aplicación de la normativa propia de las pensiones alimentarias, de modo que se tenga presente su vulnerabilidad, la perspectiva de género y el carácter del derecho humano a los alimentos.

#### **F. Sobre el proceso de la adopción y su reforma en el Proyecto de Ley 19455:**

De conformidad con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes deben de garantizar que el *"interés superior del niño"* sea *"la consideración primordial"* en cualquier proceso de adopción y de hacer que se respeten plenamente las normas y los procedimientos establecidos. La disposición de la Convención sobre los Derechos del Niño que hace referencia expresa a la adopción es el artículo 21, el cual establece los principios básicos que deben cumplirse la hora de decidir la adopción de un niño, una niña o un adolescente, sea esta nacional o internacional:

*"Artículo 21: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior de/niño sea la consideración primordial y:*

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las 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 así 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 éste 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 por que el niño que haya de ser adoptado 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."* (el resaltado no pertenece al original).

En ese sentido, el instituto de la adopción es de la más alta vulnerabilidad, dado que se decide sobre la identidad, nacionalidad y destino de un niño, niña o adolescente. Por ello, no resultan irrelevantes cada uno los pasos y los procedimientos que se ejecutan desde que se enfrenta la situación de abandono u orfandad hasta el encuentro con la nueva familia.

A partir de 1990, los procesos jurisdiccionales y administrativos, la legislación, el quehacer institucional y las prácticas sociales, deben estar adecuadas con los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. Y por supuesto, en ese proceso que debe ser blindado con garantías claras, el interés de la persona menor de edad debe estar siempre por encima de los intereses de las personas adultas adoptantes, incluso el de los mismos progenitores/as. 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, burocráticos o discriminatorios.

Por ello, solicita la Defensoría una revisión de la importancia que la institución de la adopción no quede reducida a un trámite meramente notarial o contractual, sino que tenga una perspectiva psicosocial, protegiendo las necesidades, intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados. Al respecto, precisamente nuestra Carta Magna dispone una institución especializada en la protección especial de la persona menor de edad, poniendo de relieve la importancia de su participación ante escenarios de vulnerabilidad, lo cual debe darse en condiciones de igualdad para todos los niños y niñas y sin hacer discriminaciones.

Y la discriminación a la que apunta la Defensoría, y, que por ello, se torna en un eventual roce de inconstitucionalidad, del el artículo 295 del proyecto bajo análisis, a la luz del artículo 33 de la Constitución Política, que dispone:

*Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.*

---

## 2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: [correspondencia@dhr.go.cr](mailto:correspondencia@dhr.go.cr) • Calle 22, Ave. 7, Barrio México

Ello considerando que el proceso de adoptabilidad en sede administrativa para las personas menores de edad expósitas y huérfanas es discriminatorio, por hacer una distinción entre los niños declarados en abandono y luego dados en adopción con garantías judiciales y los niños expósitos o huérfanos que no cuentan con ese blindaje judicial.

Con este cambio que se plantea en el Proyecto, se vuelve a la Doctrina de la Situación Irregular, doctrina superada por la Convención sobre los Derechos del Niño. En el marco imperante de la Doctrina de la Situación Irregular, las y los niños y los adolescentes se encuentran bajo el manto proteccionista e invisibilizador de las instancias de control social, negados en su condición de personas como sujetos de derechos y abandonados/as a la suerte de la caridad, la buena intención y compasión, todo ello desde la perspectiva y el entendimiento de las personas adultas.<sup>31</sup>

En palabras de Emilio García Méndez, *"Una minoría, con sus necesidades básicas largamente satisfechas (niños y adolescentes) y una mayoría con sus necesidades básicas total o parcialmente insatisfechas (los menores)."*<sup>32</sup>

En ese sentido, la llamada "protección a los huérfanos" a través de los "orfanatorios" no es extraña en el tránsito de la Edad Media a la era Contemporánea y más clara en los períodos de post-guerra; por cuanto la subordinación de los "párvulos y los púberes" a la escuela<sup>33</sup> o al internado es característica de una forma legítima de intervención estatal sobre este grupo de población y así como la atribución intrínseca, discrecional y omnímoda, de la autoridad parental y del control social de la autoridad a lo largo de los siglos.<sup>34</sup> Es este discurso, y su propósito paternalista, lo que legitimará el modelo de la situación irregular en todos los ámbitos (jurídico, político y social), y a través del cual se movilizaron contingentes de niños, niñas y adolescentes desamparados, huérfanos y pobres, "clientela" fundamental de la situación irregular.

La Doctrina de la Situación Irregular es el fundamento teórico del desarrollo de un amplio y extendido sistema tutelar de "menores", no así de personas, que otorga a las figuras adultas una autoridad plena e ilimitada sobre los niños, las niñas y los y las adolescentes.<sup>35</sup>

Nuevamente se retoman las palabras de Emilio García Méndez, haciendo referencia a los "menores", esa infancia cuyas necesidades no están cubiertas, *"Para los otros, los menores, las*

<sup>31</sup> Rodríguez Araica, Kathya; AAVV, EDNA VI, Capítulo 2, *Gestión y desarrollo de la Doctrina de Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes*, UCR-UNICEF, San José, pág. 17

<sup>32</sup> García Méndez, Emilio: *La Legislación de Menores en América Latina: Una Doctrina en Situación Irregular* Consultado en: [http://www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/La\\_legislacion\\_de\\_menores.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/La_legislacion_de_menores.pdf)

<sup>33</sup> "Sin embargo, no todos los integrantes de esta nueva categoría tienen acceso a la institución escuela, e incluso, una parte de los que se incorporan, resultan por diversos motivos, expulsados de la misma. La diferencia socio-cultural que se establece en el interior del universo infancia, entre aquellos que permanecen vinculados a la escuela y aquellos que no tienen acceso o son expulsados de ella es tal, que el concepto genérico infancia no podrá abarcarlos. Los excluidos se convertirán en menores.", García Méndez, Emilio; *La Convención Internacional de Los Derechos del Niño: Del Menor como objeto de la Compasión-Represión a la Infancia-Adolescencia como Sujeto de Derechos*, en: *Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*, consultado en: [http://www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/La\\_convencion\\_internacional.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/La_convencion_internacional.pdf)

<sup>34</sup> Ibid., p. 18

<sup>35</sup> Ibid., P. 19



*leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, condicionan y determinan su existencia cotidiana desde el nacimiento, hasta su eventual transferencia social vía el trámite de la adopción o el sometimiento a algún tipo de confinamiento institucional vía internación. La expresión, niño sancionado-expropiado, constituye la síntesis acabada de esta segunda hipótesis. Este control específico sobre la parte más vulnerable del universo infancia se asienta, por acción u omisión, en 5 pilares fundamentales: a) una doctrina, b) una instancia judicial, c) una instancia administrativo-ejecutiva, d) una subestimación del vínculo entre la condición material y jurídica de la infancia y e) una indiferencia generalizada.”*

La Convención sobre los Derechos del Niño sustituyó la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, que en otros términos significa pasar de una concepción de los “menores” -una parte del universo de la infancia- como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho.<sup>36</sup>

En ese sentido, considera la Defensoría que en el proyecto en consulta se debilitan los controles judiciales respecto de las personas menores de edad expósitas y huérfanas, incurriendo en un roce de inconstitucionalidad por discriminación.

## V. PETITORIA

Es en esta línea argumentativa que la Defensoría de los Habitantes efectúa la presente consulta, para que esta Sala Constitucional tome en cuenta los aspectos expuestos que, a juicio de esta institución evidencian vicios de constitucionalidad y, en consecuencia, ordene lo siguiente:

- 1) Que los **artículos 31, 166 y 195** del **Proyecto de Ley N° 19455** presentan roces de constitucionalidad, por vulnerar el derecho de participación de las personas menores de edad y personas con discapacidad.
- 2) Que el caso de los **artículos 269 y 270** del proyecto consultado, se declare su inconstitucionalidad, pues estima la Defensoría que en dichas normas se está suprimiendo la fijación provisional de la obligación alimentaria, la cual debe ser incluida, pues lo contrario implica dilatar el disfrute y garantía de un derecho humano así reconocido por el orden constitucional y convencional y además, declarado por la ley como una obligación perentoria, personalísima, irrenunciable y prioritaria.
- 3) Que en relación con el **artículo 283** del proyecto consultado, en lo que atañe a su redacción actual respecto de la gradualidad para el cumplimiento de la orden de apremio sea declarada inconstitucional, por su ambigüedad, de modo que la nueva redacción sea lo suficientemente clara y se interprete en favor de la parte acreedora alimentaria, normalmente la más vulnerable en este tipo de casos, así

<sup>36</sup> Beloff, Mary, “No hay menores de la calle”, en: Revista No hay derecho, Buenos Aires, núm. 6, junio de 1992.



como en consonancia con el bloque constitucional y convencional. Asimismo, para que incluya la exigencia de una constancia médica expedida por doctores de la Caja Costarricense de Seguro Social, que certifique la condición de salud del potencial apremiado, para que el juzgador ordene excluirle de la detención en caso de que se demuestre que ésta agravaría aún más dicha condición.

- 4) Que en el caso del **artículo 284** del proyecto consultado, para que se declare inconstitucional y, por ende, se suprima del todo la medida especial de apremio corporal, la cual no hace sino reducir el tiempo de apremio de 24 a 8 horas, potenciar el riesgo de evasión del apremiado y, en resumen, vulnerar el mecanismo de apremio corporal como única garantía efectiva para el cumplimiento de la obligación alimentaria.
- 5) Que en el caso del **artículo 286** del proyecto consultado, se verifique su constitucionalidad según su redacción actual, por afectar la garantía para satisfacer el derecho humano a los alimentos por esta vía.
- 6) Que se analice con detenimiento y se aclare que el **Capítulo III, Sección I**, presenta eventuales vicios de inconstitucionalidad en cuanto a la regulación del instituto de la adopción.

En estos términos efectúa su consulta la Defensoría de los Habitantes, para lo cual aporta el siguiente elenco probatorio, además del consignado en su desarrollo.

## VI. PRUEBAS

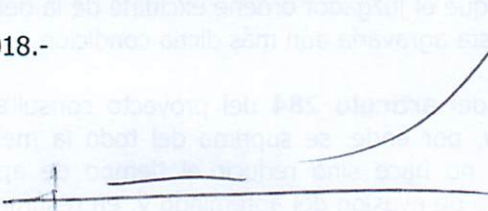
Se ofrecen los siguientes insumos documentales, adicionalmente a aquellos referidos en el cuerpo del presente libelo:

1. **Anexo 1.** Trámites que ha seguido el **Proyecto de Ley N° 19455** en el seno del Primer Poder de la República, visible además en su página web [www.asamblea.go.cr](http://www.asamblea.go.cr)
2. **Anexo 2.** Moción aprobada para someter el **Proyecto de Ley N° 19455** a consulta de algunas instituciones, excluyéndose a la Defensoría de los Habitantes, a pesar de su interés mostrado en conocer su contenido y verificar su constitucionalidad.
3. **Anexo 3.** Texto base del **Proyecto de Ley N° 19455**, el cual se encuentra visible en el expediente legislativo.

## VII. NOTIFICACIONES.

En la sede central de la Defensoría de los Habitantes, Barrio México, al número de fax: 2248-0991 o, en su defecto, al correo electrónico [juridicos@dhr.go.cr](mailto:juridicos@dhr.go.cr), mismo que se encuentra debidamente acreditado ante las autoridades del Poder Judicial.

San José, 20 de marzo de 2018.-

  
**Juan Manuel Cordero González**  
Defensor de los Habitantes en funciones



Aut: 



## ANEXO 1

|                                                            |                         |                     |                     |
|------------------------------------------------------------|-------------------------|---------------------|---------------------|
| PRESENTACIÓN<br>DEL PROYECTO<br>DE LEY                     | PLENARIO                | 19/01/2015 18:00    | 19/01/2015<br>18:00 |
|                                                            |                         |                     |                     |
| ASIGNACIÓN A COMISIÓN E<br>INFORME AL PLENARIO             | PLENARIO                | 09/02/2015<br>18:00 | 09/02/2015<br>18:00 |
| RECEPCIÓN DEL PROYECTO<br>(ARCHIVO)                        | DEPARTAMENTO<br>ARCHIVO | 15/02/2015<br>18:00 | 15/02/2015<br>18:00 |
| ENVÍO A IMPRENTA<br>NACIONAL PARA SU<br>PUBLICACIÓN        | DEPARTAMENTO<br>ARCHIVO | 23/02/2015<br>18:00 | 23/02/2015<br>18:00 |
| REMISIÓN DEL EXPEDIENTE A<br>COMISIÓN (ARCHIVO)            | DEPARTAMENTO<br>ARCHIVO | 16/03/2015<br>18:00 | 16/03/2015<br>18:00 |
| RECEPCIÓN DEL PROYECTO<br>(COMISIÓN)                       | DE ASUNTOS<br>JURIDICOS | 16/03/2015<br>18:00 | 16/03/2015<br>18:00 |
| INGRESO EN EL ORDEN DEL<br>DÍA Y DEBATE (COMISIÓN)         | DE ASUNTOS<br>JURIDICOS | 23/03/2015<br>18:00 | 22/02/2016<br>18:00 |
| VOTACIÓN (COMISIÓN)                                        | DE ASUNTOS<br>JURIDICOS | 22/02/2016<br>18:00 | 22/02/2016<br>18:00 |
| DICTAMEN (COMISIÓN)                                        | DE ASUNTOS<br>JURIDICOS | 22/02/2016<br>18:00 | 22/02/2016<br>18:00 |
| RECEPCIÓN EN LA<br>SECRETARÍA DEL<br>DIRECTORIO (PLENARIO) | PLENARIO                | 13/03/2016<br>18:00 | 13/03/2016<br>18:00 |
| REMISIÓN A LA SECRETARÍA<br>DEL DIRECTORIO<br>(COMISIÓN)   | DE ASUNTOS<br>JURIDICOS | 13/03/2016<br>18:00 | 13/03/2016<br>18:00 |
| INGRESO EN EL ORDEN DEL<br>DÍA (PLENARIO)                  | PLENARIO                | 16/03/2016<br>18:00 | 16/03/2016<br>18:00 |
| PRIMER DEBATE (PLENARIO)                                   | PLENARIO                | 20/04/2016<br>18:00 | 20/04/2016<br>18:00 |
| REMISION DE MOCIONES 137<br>A COMISION (PLENARIO)          | PLENARIO                | 20/04/2016<br>18:00 | 20/04/2016<br>18:00 |
| INGRESO EN EL ORDEN DEL<br>DÍA MOCIONES 137<br>(COMISIÓN)  | DE ASUNTOS<br>JURIDICOS | 21/04/2016<br>18:00 | 27/04/2016<br>18:00 |
| RECEPCIÓN INFORME                                          | DE ASUNTOS              | 21/04/2016          | 21/04/2016          |

|                           |              |            |            |
|---------------------------|--------------|------------|------------|
| MOCIONES 137 (PLENARIO)   | JURIDICOS    | 18:00      | 18:00      |
| REMISION PRIMER INFORME   | DE ASUNTOS   | 26/04/2016 | 27/04/2016 |
| MOCIONES 137 (COMISIÓN)   | JURIDICOS    | 18:00      | 18:00      |
| RECEPCIÓN INFORME         | PLENARIO     | 27/04/2016 | 27/04/2016 |
| MOCIONES 137 (PLENARIO)   |              | 18:00      | 18:00      |
| REMISION DE MOCIONES 137  | PLENARIO     | 05/09/2016 | 05/09/2016 |
| A COMISION (PLENARIO)     |              | 18:00      | 18:00      |
| RECEPCIÓN INFORME         | DE ASUNTOS   | 05/09/2016 | 05/09/2016 |
| MOCIONES 137 (PLENARIO)   | JURIDICOS    | 18:00      | 18:00      |
| LECTURA INFORME           | PLENARIO     | 05/09/2016 | 05/09/2016 |
| MOCIONES 137 (PLENARIO)   |              | 18:00      | 18:00      |
| INGRESO EN EL ORDEN DEL   | DE ASUNTOS   | 12/09/2016 | 12/09/2016 |
| DÍA Y DEBATE (COMISIÓN)   | JURIDICOS    | 18:00      | 18:00      |
| REMISION DE MOCIONES 137  | DE ASUNTOS   | 13/09/2016 | 13/09/2016 |
| A COMISION (PLENARIO)     | JURIDICOS    | 18:00      | 18:00      |
| RECEPCIÓN INFORME         | PLENARIO     | 13/09/2016 | 13/09/2016 |
| MOCIONES 137 (PLENARIO)   |              | 18:00      | 18:00      |
| DISPENSA DE TRÁMITE       | PLENARIO     | 07/02/2018 | 07/02/2018 |
|                           |              | 18:00      | 18:00      |
| PRIMER DEBATE (PLENARIO)  | PLENARIO     | 07/02/2018 | 07/02/2018 |
|                           |              | 18:00      | 18:00      |
| VOTACIÓN PRIMER DEBATE    | PLENARIO     | 07/02/2018 | 07/02/2018 |
| (PLENARIO)                |              | 18:00      | 18:00      |
| LECTURA INFORME           | PLENARIO     | 07/02/2018 | 07/02/2018 |
| MOCIONES 137 (PLENARIO)   |              | 18:00      | 18:00      |
| REMISIÓN DEL EXPEDIENTE A | PLENARIO     | 11/02/2018 | 11/02/2018 |
| LA COMISIÓN DE REDACCIÓN  |              | 18:00      | 18:00      |
| (PLENARIO)                |              |            |            |
| RECEPCIÓN DEL EXPEDIENTE  | DE REDACCION | 11/02/2018 | 11/02/2018 |
| (COMISIÓN REDACCIÓN)      |              | 18:00      | 18:00      |
| INGRESO EN EL ORDEN DEL   | DE REDACCION | 11/02/2018 |            |
| DÍA (COMISIÓN REDACCIÓN)  |              | 18:00      |            |



## ANEXO 2



ASAMBLEA LEGISLATIVA  
DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

PLENARIO  
8 FEB 18 3:02:55 PM

## MOCIÓN DE ORDEN

DE: VARIOS DIPUTADOS Y DIPUTADAS  
HACEN LA SIGUIENTE MOCIÓN DE ORDEN:

Para que se dispense de lectura las mociones de fondo presentadas al  
EXPEDIENTE 19.455 "Código Procesal de Familia".

*[Firma manuscrita]*  
Jueves 8 de febrero

