

11 de junio de 2019
SITUN-AL-132-2019

Saludos;
Señor;

Dr. Alejandro Gamboa Castro

Coordinador de la Seccional del Departamento de Salud.

Solicitud de criterio jurídico para aclarar el día en el cual comenzaría a regir la licencia por adopción en un caso de “*adopción directa*”.

Quien suscribe, con la aprobación del Secretario General del Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional, me refiero a la consulta dirigida a esta asesoría el día tres de junio del año dos mil diecinueve. La consulta que en adelante se evacuará se fundamenta en la interrogante sobre cómo proceder con el otorgamiento de la licencia contenida en el artículo 17 inciso g, de la IV Convención Colectiva de Trabajo UNA-SITUN, en el caso que se realice una “*adopción directa*”; la cual es aquella adopción en la cual los progenitores biológicos de un menor (por nacer o ya nacido) entregan a este a una persona o pareja de su elección.

La interrogante se extiende en virtud de que en esta modalidad de filiación por adopción no existen documentos que comprueben la misma antes y/o durante la entrega directa del menor, sino que la misma se constituye hasta que se finalice un proceso judicial específico, trámite que puede llevar varios meses o incluso (en palabras del consultante) un año.

I. Consulta:

¿Se entendería que el día que nace y se entrega el bebé recién nacido a la nueva mamá y papá, a partir de ese día rige la licencia para el afiliado, o es el día que está en firme más o menos un año después?

II. Sobre la normativa aplicable:

II. a. Sobre la Adopción:

La consulta planteada versa entorno a la adopción, este tema posee diversas normas nacionales, así como convenios internacionales que lo regulan. La primera norma en interesarnos es el “*Código de Familia*” el cual en su Capítulo VI, regula la filiación por adopción, y en lo que nos interesa manifiesta:

Artículo 100.- Definición. La adopción es una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija. (Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

Artículo 101.- Derecho de permanecer con la familia consanguínea. Toda persona menor de edad, tiene el derecho de crecer, ser educada y atendida al amparo de su familia bajo la responsabilidad de ella; solo podrá ser adoptada en las circunstancias que se determinen en este Código. (Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995) (el subrayado es suplido)

Artículo 109.- Personas adoptables. La adopción procederá en favor de: (...)

c) Las personas menores de edad cuyos progenitores en el ejercicio de la autoridad parental, inscritos como tales en el Registro Civil, consientan ante la autoridad judicial correspondiente la voluntad de entrega y desprendimiento y, que a juicio de dicha autoridad medien causas justificadas, suficientes y razonables que la lleven a determinar este acto como lo más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad.

En las adopciones nacionales indicadas en el inciso c) de este artículo, el juez competente ordenará las medidas de protección en aras del interés superior de la persona menor de edad. Asimismo, ordenará al PANI que, dentro del plazo de dos meses contado a partir de la notificación judicial respectiva, valore las razones y condiciones psicosociales de los progenitores, verifique la existencia del consentimiento libre e informado y realice las acciones necesarias para agotar las posibilidades de ubicación de la persona menor de edad con su familia biológica extensa o afectiva.

Una vez emitidos los informes respectivos, el PANI, mediante el funcionario competente, declarará o no que la o las personas menores de edad son adoptables, mediante una

declaración de adoptabilidad, que deberá remitir a la autoridad judicial junto con los informes técnicos, dentro del plazo de un mes.

El juez competente decidirá la ubicación provisional de la persona menor edad, mediante resolución debidamente justificada y tomando en cuenta la voluntad de los progenitores al consentir la entrega del adoptando, así como la voluntad de la persona menor de edad, cuando pudiere manifestarla. Asimismo, podrá solicitar, mediante resolución debidamente razonada, cualquier otra diligencia que considere pertinente, en caso de que exista duda razonable con respecto a la filiación del o los progenitores y la persona menor de edad.

Constatada la inexistencia de la filiación, el juez desestimaré la solicitud de entrega y determinará la ubicación definitiva de la persona menor de edad, conforme al proceso de protección en sede judicial que señala la Ley N.º 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998. *(Así reformado el inciso c) anterior por el artículo único de la ley N° 9064 del 23 de agosto de 2012) (Así reformado por el artículo 2 de ley No. 7538 del 22 de agosto de 1995).* (el subrayado es suplido)

Artículo 111.- Irrevocabilidad de la adopción. La adopción se constituye desde que queda firme la sentencia aprobatoria; es irrevocable, no puede terminar por acuerdo de las partes ni estar sujeta a condiciones. *(Así reformado por el artículo 2 de ley No. 7538 del 22 de agosto de 1995).* (el subrayado es suplido)

Artículo 113.- Declaratoria de adoptabilidad. El Patronato Nacional de la Infancia declarará adoptable a una persona menor de edad, una vez aprobados los estudios psicosociales correspondientes y las valoraciones dispuestas en la ley que determinen la conveniencia de la adopción de la persona menor de edad. (...)

Asimismo, en el “*Reglamento para los procesos de adopción nacional e internacional*” Sección II, se regula “De la actuación institucional en los casos de entrega directa a terceros elegidos por los progenitores.”, así se indica:

Artículo 73.- Cuando las Oficinas Locales de la institución reciben referencias requiriendo su intervención en situaciones donde los progenitores han decidido realizar una entrega directa a terceros elegidos por ellos, la intervención se limitará a una valoración breve, mediante la cual se analizará la motivación de entrega realizada por los

progenitores y si su decisión responde a un consentimiento informado, libre, voluntario, consiente y otorgado en plenitud de condiciones mentales y emocionales.

Además, mediante observación y entrevista con los futuros adoptantes se deberán descartar situaciones evidentes de riesgo para el niño/a con esta familia en cuestión. De obtenerse resultados positivos de la intervención, se prevendrá a los futuros padres adoptivos y a los progenitores imponiéndoles un plazo razonable dentro del que deberán presentar al Juzgado competente, el proceso de adopción directa correspondiente. La Oficina Local deberá realizar el seguimiento debido, a efecto de asegurarse de que el proceso de adopción pertinente sea efectivamente iniciado dentro del plazo otorgado. Dentro de ese proceso la actuación del PANI responderá a lo regulado en el artículo 109 del Código de Familia y lo establecido en el presente reglamento. Si de la intervención realizada surgen sospechas justificadas de riesgo para la persona menor de edad o de vicios en el consentimiento y motivación de los progenitores, procederá la Oficina Local a abrir el proceso especial de protección respectivo y a tomar las medidas pertinentes para asegurar la atención y protección de la persona menor de edad. (el subrayado es suplido)

Como se observa el Código de Familia y el Reglamento sobre adopciones han regulado el cómo proceder en los casos de adopción directa, así no es suficiente la escogencia de los padres adoptantes por parte de los padres biológicos, sino que el Estado; por medio del PANI, así como los juzgados del país, debe interferir en busca de la protección del menor y asegurarse que los padres adoptantes son *la ultima ratio*, buscando mantener al menor inicialmente con sus padres biológicos (por medio del asesoramiento) y/o la familia biológica extensa o afectiva. Es así que la entrega de un menor en esta modalidad se reviste de las mismas formalidades que las adopciones usuales (es decir las que proceden de las listas de adoptantes).

✓ Conclusión:

La adopción directa se encuentra ampliamente regulada por la normativa nacional, con ello solo puede constituirse previo al cumplimiento de todo un debido proceso judicial que garantice los derechos y el Interés Superior del Niño y la Niña, ante esto no resulta suficiente la decisión de los progenitores (consanguíneos) del menor en la escogencia de los padres adoptantes, sino que debe existir un estudio completo que demuestre la idoneidad y la necesidad de aprobar la adopción.

II. b. Sobre la licencia con goce de salario:

Por su parte la "IV Convención Colectiva de Trabajo UNA-SITUN", regula:

ARTÍCULO 17: La Universidad otorgará licencias con goce de salario a solicitud escrita del trabajador o trabajadora ante el/la superior jerárquico, en los siguientes casos: (...)

g. Licencia con goce de salario, por tres meses, a todo trabajador y trabajadora que adopte un/a menor. En caso de que ambos padres sean trabajadores de la institución, uno de los dos sólo disfrutará de cinco días naturales de licencia con goce de salario. En este caso deberán presentar los documentos comprobatorios correspondientes. (el subrayado es suplido)

✓ Conclusión:

Para el otorgamiento de la licencia deberá el trabajador interesado entregar la documentación que compruebe la adopción.

III. Sobre la adopción directa en la jurisprudencia nacional:

En la jurisprudencia nacional se encuentra el voto número: 383-10, emitido por el Tribunal de Familia de San José, a las ocho horas del quince de marzo de dos mil diez, en el cual se analiza un caso de adopción directa de un recién nacido. En la litis se analizada el caso de una madre quien antes de emitirse sentencia definitiva acudió ante el juzgado a manifestar que ya no deseaba entregar a su descendencia en adopción, dado que después de mucho análisis consideraba que su hijo estaría mejor con ella, en razón de esto el juzgado tomó la decisión de archivar el proceso y regresar al menor bajo el cuidado de su madre biológica. Fue así que la madre adoptante apeló la decisión del juzgado, siendo que el Tribunal de familia falló indicando (M. siendo la madre adoptante, K. la madre biológica y P. el menor):

Contrario que afirmó la apelante, la madre en sus palabras sí solicitó que le entregaran de nuevo a su hijo: "**Estoy segura de querer tener a mi hijo**", y obviamente la única forma de tenerlo era que se lo devolvieran. La actuación de primera instancia está ajustada al tipo de proceso ante el que nos encontramos: adopción directa. En tipo de

adopción el consentimiento de la madre y la voluntad de desprendimiento y entrega de su hijo tiene necesariamente que mantenerse durante toda la tramitación proceso hasta el dictado fallo, de lo contrario no es posible la aprobación de este específico tipo de adopción. Precisamente por ello el legislador es especialmente cuidadoso en exigir antes del dictado de la sentencia la presencia de la madre biológica al Juzgado, en forma personal, sin la posibilidad de ser representada por algún tipo de apoderado, ni siquiera especialísimo como ocurre en otros actos jurídicos como el matrimonio, para explicarle sus derechos y los alcances de la adopción, y que sea el juez(a) quien, mediante la inmediatez, obtenga la expresión de su voluntad libre, manifiesta y actualizada a ese momento. (...)

En el proceso de adopción, en su modalidad de directa, es central el tema del consentimiento, y en especial el momento en que es otorgado por parte de la madre en relación con la fecha del parto, ese tema se denomina "estado puerperal" e incide en la validez de esta declaración de voluntad a favor de la adopción de un hijo. (...) A pesar de que en nuestro país no existe norma alguna que regule este específico tema también debe ser considerado a efecto de ponderar el consentimiento expresado por la madre y su posterior arrepentimiento. Recuérdese que el menor nació el día **siete de octubre del año dos mil nueve, apenas diecinueve días después**, el veintiséis de ese mismo mes, se presentó a estrado judicial el escrito inicial del proceso de adopción, suscrito por la promovente y la madre, y dos días después, cuando sólo habían transcurrido veintiún días desde el nacimiento del niño la madre se apersonó al Juzgado a manifestar su desprendimiento del niño, todo esto se llevó a cabo claramente dentro de ese estado físico y emocional especial posterior al parto. La manifestación de arrepentimiento se hizo menos de dos meses después del nacimiento, ya que ella se presentó nuevamente al Juzgado el día treinta de noviembre y expresó su deseo de tener a su hijo. Es absolutamente comprensible la extensa y detallada preocupación de la señora M., también su afectación emocional, la cual se respeta profundamente, luego de haber tenido al menor a su cuidado y verse obligada a regresarlo súbitamente, pero no puede ventilarse y discutirse en este proceso las cualidades de la señora K. como madre, su entorno social, cultural y económico, aun cuando hipotéticamente fueran ciertos todos los hechos que expone ello no produciría ningún cambio en este proceso de adopción directa ante la negativa de la madre para que la promovente continuara con su hijo, por supuesto

que sin perjuicio de los distintos procesos que se pueden promover en defensa de los derechos del menor P. Pero en estas condiciones no queda otra alternativa que confirmar la resolución recurrida. (el remarcado pertenece al original) (el subrayado es suplido).

El anterior voto, aunque extenso en su citación, es relevante para la consulta acá esgrimida. Como se observa en el mismo, la adopción directa requiere de la presencia de los progenitores biológicos del menor (dado en adopción) durante todo el proceso judicial, hasta antes de la emisión de la sentencia. Tal y como se indica, la comparecencia de estos debe ser personalísima e indelegable, siendo vital que los progenitores expresen durante TODO el proceso su voluntad de desprenderse de su hijo.

Es así que la adopción directa puede concluir satisfactoriamente con la adopción del menor una vez finalizado el proceso y emitida la sentencia; momento a partir del cual es irrevocable la decisión; como bien se indica en el numeral 111 del Código de Familia supra citado. O bien puede suceder que se inicie un proceso de adopción directa y culmine con el archivo del expediente ante el cambio de voluntad del o de los progenitores. También puede suceder que en sentencia se determine la no idoneidad de los adoptantes, con ello procediéndose al cuidado del menor por parte del PANI, o incluso de algún de la familia biológica extensa o afectiva.

✓ Conclusión:

La adopción directa no es sinónimo de adopción constituida con la mera entrega del menor, ya que en razón del principio jurídico “Interés Superior del Niño” debe existir un debido proceso, en el cual se cumplan y se respeten todas las garantías y derechos de los menores. Con ello existe la posibilidad de que la adopción directa no se constituya, debiéndose regresar el menor a su progenitor o incluso la entrega del niño/a a su familia biológica.

IV. Caso concreto:

Una vez analizado todo lo anterior debo indicar que en la literalidad del artículo 17 de la “*IV Convención Colectiva de Trabajo UNA-SITUN*” se hace mención a la necesidad de presentar “*los documentos comprobatorios correspondientes*”, a fin de poder gozar de dicha licencia, es así que analizado esto en conjunto con todo lo regulado tanto en la normativa como en la jurisprudencia ya citada, debería entenderse que “los documentos correspondientes”, sería la

sentencia emitida por el órgano judicial competente, en donde se constituya la adopción y se otorgue el carácter de irrevocabilidad al acto.

V. Conclusiones:

En virtud de todo lo esgrimido anteriormente concluyo:

1. La adopción en su modalidad directa se constituye hasta después de haberse cumplido con el debido proceso judicial que garantice los derechos y el Interés Superior del Menor, debiendo existir un estudio completo que demuestre la idoneidad y la necesidad de aprobar la adopción.
2. Para el otorgamiento de la licencia deberá el trabajador interesado entregar la documentación que compruebe la adopción, la cual, en mi criterio profesional sería la sentencia emitida por el órgano judicial competente al finalizar el proceso.

Ante esto, estimo que la simple solicitud u apertura del proceso de adopción no bastaría para demostrar la adopción en sí y tener acceso a la licencia dicha, esto lo concluyo en razón de que en la filiación por adopción directa la simple "entrega" del menor a los padres adoptantes escogidos por la familia biológica del menor no es suficiente para sostener o constituir la adopción en sí, ya que como bien indique en líneas anteriores, el Estado por medio de sus instituciones debe brindar un debido proceso en el cual se garanticen todos los derechos al menor adoptado.

Sin más.

Original firmado

Licda. Jessica Jiménez Rodríguez
Carné 28966
Asesora Legal-SITUN

END JC HTVS
JMR/C/SITUN-AL-132-2019/11-06-2019