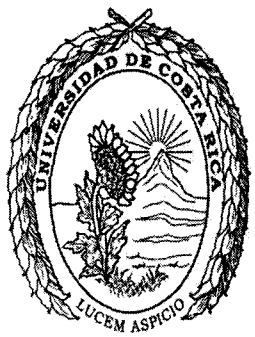
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO



CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA

¿CUÁL JURISDICCIÓN ES LA COMPETENTE PARA CONOCER SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR EL PANI, EN DONDE SE DISPONE LA CUSTODIA O LA TUTELA PROVISIONAL DE UN MENOR DE EDAD?

POR:
LUIS DIEGO PALMA ORTÍZ

Tesis, para optar por el
Grado de Licenciatura en Derecho

Mayo, 2015
San José, Costa Rica

23 de abril del 2015
FD-AI-0221-2015

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: ***Luis Diego Palma Ortiz,*** *carné A33870, denominado: "Control de la legalidad de los actos administrativos del Patronato Nacional de la Infancia. ¿Cuál jurisdicción es la competente para conocer sobre los actos administrativos dictados por el PANI, en donde se dispone la custodia o la tutela de un menor de edad?" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.*

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: ***"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".***

Tribunal Examinador

Informante	*Licda. Ana Gabriela Peña Valle*
Presidente	*Licda. Roxana Figueroa Flores*
Secretario	*Lic. Sergio Mena Diaz*
Miembro	*MSc. Iván Salas Leitón*
Miembro	*MSc. Sofia Cordero Molina*

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el ***18 de mayo del 2015,*** *a las 05:00 p.m. en la sala de réplicas, Facultad de Derecho, Sede Rodrigo Facio.*

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director

lcv
Cc: arch. Expediente

San José, Costa Rica, jueves 14 de agosto del 2014.

Señores

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica:

Por medio de la presente, la suscrita, Licenciada Ana Gabriela Peña Valle, en mi condición de Directora en el Comité Asesor del trabajo final de graduación del estudiante Luis Diego Palma Ortiz, apruebo el proyecto de Tesis elaborado por el estudiante, considerándolo apto en su tema y contenido para su debida réplica, la misma, considero, versa acerca de un tema actual y una problemática real que existe en nuestro sistema judicial e involucra a dos ramas del derecho tan importantes como, el derecho de familia y el derecho administrativo.

El trabajo del estudiante busca resolver una disyuntiva en áreas donde convergen éstas dos ramas, tratando de proponer una respuesta que solvente ciertas dudas en las decisiones de los administradores de justicia, acerca de la aplicación de uno u otro derecho según su competencia, por lo tanto apruebo su contenido, sin más me despido.

Lic. Ana Gabriela Peña Valle

Directora.

21 de abril de 2015

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimados Señor:

Reciba un cordial saludo. Por medio de la presente le comunico que en mi condición de lectora de la tesis "***CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA. ¿CUAL JURISDICCION ES LA COMPETENTE PARA CONOCER SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR EL PANI, EN DONDE SE DISPONE LA CUSTODIA O LA TUTELA PROVISIONAL DE UN MENOR DE EDAD?***" elaborada, por el egresado LUIS DIEGO PALMA ORTÍZ, carné número A33870.

La investigación realizada reviste importancia, en virtud de la necesidad de abordar una temática muy poco tratada en nuestro ordenamiento jurídico y en consonancia con el interés superior del menor de edad, así como un abordaje de la problemática social nacional.

En virtud de lo anterior, el presente Trabajo Final de Graduación, cumple con los requisitos de forma y fondo establecidos en la normativa universitaria para este tipo de investigación.

Atentamente,

Sofía Cordero

MSc. Sofía Cordero Molina
COORDINADORA
CÁTEDRA DE FAMILIA

San José, Costa Rica, jueves 17 de julio del 2014.

Señores

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica:

Por medio de la presente, el suscrito, Master Iván Salas Leitón, en mi condición de miembro del Comité Asesor del trabajo final de graduación del estudiante Luis Diego Palma Ortiz, apruebo el proyecto de Tesis elaborado por el estudiante, considerándolo apto en su tema y contenido para su debida réplica, sin más me despido.

Msc. Iván Salas Leitón

Lector

Cartago, martes 21 de abril del 2015.

A quien corresponda

La suscrita, Liza Gabriela Pacheco Miranda, cédula 112910203, en mi condición de Licenciada en Filología Española, por este medio, hago constar que he revisado el documento *Control de la legalidad de los actos administrativos del Patronato Nacional de la Infancia: ¿Cuál jurisdicción es la competente para conocer sobre los actos administrativos dictados por el PANI, en donde se dispone la custodia o la tutela provisional de un menor de edad?,* elaborado por Luis Diego Palma Ortiz.

Se han revisado los aspectos referentes a la estructura gramatical (morfología y sintaxis), acentuación, ortografía, léxico, coherencia, cohesión y estilo. Una vez realizadas las correcciones señaladas, dicho documento estará listo para ser presentado.

Atentamente,

Liza Pacheco Miranda

Carné Colypro # 58204

DEDICATORIA

A Dios como guía que un día,
tomó control de mi vida y me llevó
en sus manos para cumplir
un objetivo primordial en mi vida.

A mis padres y hermana, por todo su apoyo,
amor incondicional y
por ser un ejemplo de esfuerzo y lucha
constante, gracias al cual he logrado alcanzar
esta meta propuesta en mi vida.

A una persona muy especial la cual
me llevó a sacar lo mejor de mí mismo.

Luis Diego

AGRADECIMIENTOS

A mi directora de tesis, por motivarme a desarrollar este trabajo, por su apoyo y colaboración a lo largo del proceso.

Al Msc. Iván Salas y a la Msc. Sofía Cordero por aceptar constituirse miembros del tribunal examinador, así como por sus aportes y sugerencias.

A mis queridos amigos y a todos aquellos que de una u otra forma me brindaron su apoyo y colaboración para concluir satisfactoriamente este proyecto.

INDICE GENERAL

Página

Dedicatoria.....i
Agradecimientos.....ii
Índice General.....iii
Abreviaturas.....vii
Resumen.....viii
Ficha Bibliográfica.....ix

INTRODUCCIÓN.....1

Capítulo 1: Naturaleza administrativa de los actos dictados por el PANI cuando disponen sobre la custodia temporal de los menores de edad.....8

A- Desarrollo del Acto Administrativo.....8

1- Definición.....8

2- Naturaleza.....9

3- Características.....10

4- Elementos.....11

5- Validez y Eficacia del Acto.....14

B- Análisis de los actos emitidos por el Patronato Nacional de la Infancia y su naturaleza administrativa.....16

1- Naturaleza y Misión del PANI.....16

2- Potestades y actuaciones del PANI.....20

3- Actos administrativos que puede dictar el PANI.....23

4- Impugnaciones y oposiciones a sus actuaciones.....25

C- Análisis de los principios del Derecho de Familia y su permeabilidad en las actuaciones del PANI.....28

1- Definición del derecho de Familia.....28

2- Principios del Derecho de Familia.....29

3- Procesos dirigidos por el PANI de protección de menores en temas de tutela y custodia propios del derecho de familia.....31

Capítulo 2: Análisis del juez competente para conocer sobre el control de la legalidad de las actuaciones del PANI en materia de custodia de menores.....35

A- Principio constitucional de la jurisdicción contenciosa administrativa.....35

1- Análisis del artículo 49 de la Constitución Política.....36

2- Tratamiento jurisprudencial de la competencia contenciosa administrativa.....37

B- Jurisdicción de Familia.....39

1- Alcances y competencias de la jurisdicción de Familia.....40

2- Consideraciones sobre la tutela del interés superior del menor en la justicia de Familia.....42

C- Materias que se pueden encontrar en conflicto de competencias con la jurisdicción contenciosa administrativa.....50

1- Criterios jurisprudenciales sobre conflictos de competencia donde se encuentre involucrada la justicia contenciosa administrativa.....50

2- Conflicto que pueden presentar los actos dictados por el PANI entre la competencia de familia y la contenciosa administrativa.....56

D- Criterio imperante en la jurisdicción contenciosa administrativa sobre actos dictados por el PANI.....58

1- Análisis de un caso en concreto desde la resolución de una medida cautelar PRIMA FACIE.....59

Capítulo 3: ¿Puede el juez de familia utilizar las herramientas del CPCA para conocer de medidas cautelares contra actos del PANI en materia de custodia de menores?.....75

A- Medidas cautelares Prima Facie.....75

1- Qué son y cómo se aplican.....76

2- Momentos procesales para ser aplicadas.....80

3- Medidas cautelares típicas y atípicas.....81

B- Análisis normativo de las Medidas Cautelares y su prohibición o posibilidad de utilizarse conectivamente entre el Derecho Contencioso Administrativo y el de Familia.....87

1- Ámbito de Aplicación contemplado en el Código Contencioso Administrativo.....87

C- Consideraciones normativas sobre la Responsabilidad Administrativa y la competencia que la conoce.....92

D- Vacíos legales que existen sobre el Control de la legalidad de los Actos Administrativos del PANI en su análisis cautelar, decisorio y de responsabilidad administrativa.....94

CONCLUSIONES.....**100**

BIBLIOGRAFÍA.....**103**

ABREVIATURAS

Constitución Política.....CP

Código Procesal Contencioso Administrativo.....CPCA

Ley General de la Administración Pública.....LGAP

Código de Familia.....CF

Interés Superior del Menor.....ISM

Patronato Nacional de la Infancia.....PANI

Código de la Niñez y la Adolescencia.....CNA

Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. .....LRJCA

Código Procesal Civil.....CPC

RESUMEN

El presente tema se aborda por tratarse de un tópico de debate y análisis muy actual, debido a las confusiones que existen por razón de la materia, donde los jueces de lo contencioso administrativo presentan un grado de incerteza jurídica sobre conocer o no de procesos que versen sobre la validez y eficacia de los actos administrativos dictados por el Patronato Nacional de la Infancia en temas de custodia y tutela de menores, ya que no existe un criterio de resolución expreso acerca del conflicto de competencias que se puede dar entre la jurisdicción de familia y la contenciosa administrativa a raíz de los actos que dicta el PANI, con la intención de brindar seguridad jurídica a la hora de debatir los derechos de los menores de edad.

El Patronato Nacional de la Infancia es una institución de Derecho Público creada por el legislador para la tutela jurídica formal y material de los derechos de una población tan particular como lo son los menores de edad, la cual es un sector de la población que por sus escazas potestades de autodeterminación debido al normal proceso biológico requiere una protección y cuidado especial bajo el cobijo del derecho.

Dentro de las potestades de Imperio que posee el Patronato Nacional de la Infancia como institución de derecho público es la de dictar actos administrativos en su rama de tutela que afectan los círculos jurídicos de los administrados.

De allí que como toda relación Estado-Administrado necesita una fuerza represiva del poder punitivo que evite colocar al administrado en una posición de

vulnerabilidad y tutelar de manera primaria y especial los derechos propios de las personas menores de edad.

La jurisdicción contenciosa administrativa viene a tutelar los derechos de las personas en su condición de administrados frente a las actuaciones de la Administración y basándonos en éste criterio no podemos excluir los actos que dicta el PANI como órgano perteneciente a la Administración, sin embargo posee características especiales al ser una institución que realiza función administrativa en el marco de una materia especializada de familia, de ahí que sus decisiones pueden contraer conflictos acerca de la jurisdicción que se encarga de realizar el control de la legalidad de sus actuaciones.

La razón primordial de realizar esta investigación viene motivada de un caso actual que se encuentra en la vía judicial, donde se interpuso una medida cautelar PRIMA FACIE en sede contencioso administrativa, con el fin de suspender los efectos de un acto dictado por una funcionaria del PANI en un proceso administrativo de tutela provisional de un menor de edad, a lo que el juez de lo contencioso concede audiencia, en estado dubitativo, presentando la disyuntiva a las partes sobre su competencia o incompetencia, para conocer sobre la medida, por razón de que el fondo del acto verse sobre la materia de familia, pero la naturaleza del acto, del proceso y funcionario que lo emite, es administrativa y así como se debe valorar el acto, se debe también valorar la responsabilidad del funcionario y lo más importante el interés superior del menor, por lo que se describirán todos los aspectos del caso, la resolución del juez, seguido de la

búsqueda de una posible solución que nos pueda brindar la jurisprudencia y la normativa a tal disyuntiva.

Es así que resulta imperioso determinar, en todos aquellos procesos que conduce el PANI en materia de tutela y custodia de menores, cómo pueden ser contenidos por la forma y también por el fondo los actos que se dicten y permeen la esfera jurídica de las personas menores de edad, qué posibilidades o lagunas nos deja también la jurisdicción de familia y si estas lagunas se pueden llenar y qué sucede con la responsabilidad de la Administración y los deberes propios del servicio público.

En ese mismo orden de ideas el trabajo investigativo propone determinar, qué instrucción jurisdiccional debe analizar la validez o eficacia de un acto dictado por el PANI, ya sea por la justicia contenciosa administrativa por ser el órgano instaurado para conocer sobre las actuaciones de la administración y las responsabilidades de los funcionarios, o por la justicia de familia, por razones de legitimación, justicia pronta y cumplida, interés superior del menor, según la normativa como la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Contencioso Administrativo y el Código de la Niñez y la Adolescencia, entre otros, y la jurisprudencia.

FICHA BIBLIOGRAFICA

PALMA ORTÍZ, LUIS DIEGO: Control de la legalidad de los actos administrativos del Patronato Nacional de la Infancia.

¿Cuál jurisdicción es la competente para conocer sobre los actos administrativos dictados por el PANI, en donde se dispone la custodia o la tutela provisional de un menor de edad?

Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho,

Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2015.

Última página preliminar: xi.

Última página tesis: 109.

Directora: Lic. Gabriela Peña Valle.

Palabras claves: Interés superior del menor, control de legalidad, medida cautelar Prima Facie, competencia por materia, acto administrativo.

INTRODUCCIÓN

Dentro del marco jurisdiccional costarricense encontramos ciertas categorías especializadas denominadas competencias, las cuales nacen a la vida jurídica con el fin de brindar una certeza y seguridad jurídica en todos los sujetos procesales involucrados en un proceso judicial.

Como es sabido el derecho fue creado para tutelar las relaciones del ser humano como un ser social y que interactúa de distintas maneras con los demás seres humanos, productos de estas relaciones es que se dan casos que llegan a encajar dentro del marco de tutela del derecho, de allí que como lo mencionamos anteriormente se brindan divisiones o clasificaciones por un criterio de especialidad que determinó en su momento el legislador.

Estas divisiones de competencia, pueden ser por la cuantía, por el territorio, por la materia, para señalar algunas, es preciso señalar que el presente trabajo se enfocará en la competencia que tiene que ver con la materia en Costa Rica, porque es esencial en el tema a desarrollarse.

Como todo tema de investigación y en sí de todo el derecho, las situaciones diarias y cotidianas vienen a representar el tema primario y los motivos de análisis en cada rama, ya que al ser la sociedad cambiante día a día, así el derecho debe irse actualizando día a día para no quedarse atrás en los requerimientos de una sociedad acelerada en su desarrollo, de allí que cuando el derecho no prevé

algunas situaciones, éstas deben ser puestas en análisis, buscando su debida reglamentación en aras de una seguridad jurídica más eficiente, a estas situaciones que el derecho no prevé en su ordenamiento se les puede llamar lagunas o vacíos jurídicos que en muchos casos pueden ser llenados por la interpretación de otras normas, por los principios generales de derecho, o hasta por la costumbre jurídica.

En el caso en particular de la competencia por la materia de los tribunales de justicia cabe señalar que la misma se refiere a aquella posibilidad que tienen para conocer los jueces acerca de un caso por razón de la materia en la que encaja y está regulada mayormente por la Ley Orgánica del Poder Judicial, de allí que existen casos específicos que por su complejidad requieren un tratamiento diferenciado, con el propósito de evitar zonas de desprotección jurídica.

Como se enunció antes el presente trabajo tiene como motivación principal, uno de estos casos muy "sui generis", donde se vienen a analizar aquellos procesos de custodia y tutela de menores, oficiados en vía administrativa por el Patronato Nacional de la Infancia, el cual llamaremos por sus siglas (PANI) a lo largo del presente trabajo.

El PANI utilizando sus poderes de Imperio propios de la función administrativa tiene la potestad de dictar actos administrativos conducentes a poder realizar de una mejor manera el propósito para la que fue creada la institución, la cual es, la tutela jurídica de los sujetos menores de edad que tengan una situación achacable al derecho y que merezca una intervención estatal.

Es claro que, todos los actos administrativos tienen que estar provistos de los elementos que la ley y la doctrina señalan para su validez y eficacia y los funcionarios públicos deben actuar bajo el marco de legalidad establecido.

Cuando existe disputa en la validez de los actos, nos encontramos con la vía administrativa y la judicial para dilucidar la legalidad de la actuación administrativa y la base para lograr este análisis parte de los principios del derecho administrativo en esencia, aunque las actuaciones de entes públicos puedan ser debatidas por su contenido utilizando otra rama del derecho y una justicia especializada.

Con el párrafo anterior notamos que se dan conflictos por la materia que brindan un debate enriquecedor, como viene siendo la motivación del presente trabajo final de graduación, la cual sería si estos actos, los cuales son dictados por el PANI (una institución pública especializada), tienen motivo de análisis solo en la jurisdicción de familia o también en la vía contencioso administrativa, sobre todo en aquellos supuestos donde se defiendan intereses difusos de cualquier administrado de velar por el bien de un menor o transgresiones graves contra un administrado en un proceso administrativo instruido por el PANI.

De allí que la contención de los efectos del acto administrativo es un objeto principal de esta tesis por medio de determinar la jurisdicción competente para realizar el control de la legalidad de los actos que emite el PANI.

METODOLOGÍA

Para el anterior tema pretendo analizar un caso de la vida real y actual, y por esta vía dilucidar la esencia del acto administrativo originado por el Patronato Nacional de la Infancia, cuáles serán los alcances de sus resoluciones, así también de cómo ejercer el control de la legalidad de sus actuaciones en la vía jurisdiccional.

Así mismo, al tenor de la normativa vigente y la jurisprudencia existente plantear soluciones en el caso de encontrar la vía natural para dilucidar estos conflictos donde se le brinde mejores armas al juez competente para brindar una mejor y más completa resolución acerca de los casos que debatan la legalidad de los actos que dicta el Patronato Nacional de la Infancia.

HIPÓTESIS

Con este trabajo se pretende demostrar que es posible realizar un control de la legalidad en la vía contenciosa administrativa, sobre actos administrativos dictados por el PANI según la normativa o jurisprudencia vigente, o en su defecto proponer una vía que le permita a muchos jueces de lo contencioso administrativo o de familia, clarificar su competencia o incompetencia, y además proponer soluciones que le permita al juez competente resolver de una mejor manera.

Para llegar a la solución planteada, la base es un expediente actual, las resoluciones que dio el tribunal contencioso administrativo del Segundo Circuito para declararse incompetente por razón de la materia y el hecho de si éste podría ser el origen para lograr una reforma que cobije los derechos de las personas menores de edad de una manera más expresa en caso de contenciones a los actos que dicta el PANI. Para eso las principales armas serán la jurisprudencia existente, la doctrina escrita sobre los actos administrativos dictados por el PANI, el seguimiento del caso citado y el derecho internacional.

OBJETIVO GENERAL

Comprobar por medio del análisis de un caso de la vida real, la competencia o incompetencia, según sea el caso, que tienen para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos dictados por el PANI, los juzgados y tribunales contenciosos administrativos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

A. Determinar la función administrativa que realiza el PANI en el marco de sus funciones de la tutela de derechos propios de la materia de familia.

B. Establecer los alcances que posee el principio constitucional donde se establece la justicia contenciosa administrativa y si este principio faculta a todos los jueces del Poder Judicial a realizar control de la legalidad de la función estatal.

C. Resolver si este análisis debe ser meramente sobre aspectos de forma, o si el análisis debe ser también avocado supletoriamente un poco al fondo del derecho de familia para analizar las actuaciones públicas.

D. Dilucidar bajo los principios de la función pública en qué vía establecer las responsabilidades de los funcionarios del PANI y de existir las debidas indemnizaciones para con los administrados.

ESTRUCTURA

El trabajo está conformado por tres capítulos. En cada uno de ellos se desarrolla uno de los objetivos específicos para culminar con las conclusiones de la investigación.

CAPÍTULO I

Naturaleza Administrativa de los Actos dictados por el PANI cuando disponen sobre la Custodia Temporal de los Menores de Edad.

A) Actos Administrativos.

1. Definición

Es de suma importancia para efectos de este trabajo, dedicarle un capítulo al hecho generador del problema en cuestión, como lo son los actos administrativos en un sentido general y luego enfocándolo, en los actos administrativos dictados por el PANI dentro de sus procesos administrativos de custodia y tutela en procesos de menores.

Cuando hablamos del acto administrativo sabemos que la administración pública en aras de poder ejercer plenamente sus funciones tiene ciertas potestades. Entre ellas encontramos la potestad de Imperio que le permite dictar normas, leyes, decretos, actos, sobre el administrado y sobre los propios funcionarios públicos.

Podemos encontrar varias definiciones del acto administrativo, y en cada una se señala como una potestad del Estado, el acto administrativo se puede definir como "....*Una manifestación unilateral de voluntad dirigida a producir un efecto de derecho y emanada normalmente de la Administración, en uso de una potestad*

administrativa....."[1]. Existen también definiciones que realizan una diferenciación entre la acepción material y formal del acto administrativo. Se define el acto administrativo materialmente como "*toda aquella manifestación de la actividad del Estado y la definición formal donde se dice que es aquel acto dictado por órgano o ente del Estado, en ejercicio de su competencia*"[2]. El acto administrativo en todas sus concepciones viene a definirse como una emanación de voluntad de la administración pública, la cual es derivada de la función administrativa. Esto último lo ubica como el aspecto diferenciador de otras declaraciones emanadas del Estado por su funcionalidad y carácter de obligatorio para el administrado que genera un poder coercitivo sobre el mismo.

2. Naturaleza

Doctrinalmente la figura del acto administrativo es propio del derecho francés y viene traer como resultado principal un principio, en *"strictu sensu"*[3], entre administración y justicia, puesto que es propio de la separación de poderes dentro de un Estado ya que como mencionamos anteriormente, se encuentran otras manifestaciones del Estado en distintas formas de acuerdo a su función, como leyes, resoluciones judiciales, decretos, notas, etc.

En la doctrina moderna para determinar la naturaleza del acto administrativo y su tratamiento, se le encasilla como parte de su esencia, el hecho que sea un acto dentro de la administración pública regido por el Derecho Administrativo, lo que ese enunciado por sí mismo nos brinda es la posibilidad de decir que toda aquella voluntad que emane del Estado que no le competa al Derecho Administrativo, no

---

[1] Eduardo Ortiz Ortiz. (2000). Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. San José, Costa Rica: Editorial Stradtmann S.A. Pág 291.

[2] Francisco Ulloa Loria. (2013). Curso de Derecho Administrativo. 3ª ed, San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. Pág 137.

[3] *Stricto sensu* (o *sensu stricto*) es una expresión latina que significa "en sentido estricto" o "en sentido restringido". (RAE 2010)

debe ser considerado como acto administrativo, aunque el contenido de los actos sí pueden ser examinados en diferentes vías judiciales como la laboral, comercial, agraria, comercial, etc. Sin embargo, siempre el acto deberá ser dictado bajo los parámetros interpuestos por el derecho administrativo por ser de orden público y toda actuación de la Administración no se debe abstraer de esta esencia.

3. Características

Dromi (1978) habla de las características del acto administrativo y lo define como una manifestación de voluntad, lo asemeja a una declaración realizada por un individuo, señalando que es una,

> (.....)Declaración que puede ser de voluntad, de conocimiento, de opinión o juicio. Unilateral pues depende de la voluntad de la administración, así como en su formación y efectos a pesar de ser unilaterales algunos en su formación y bilaterales en sus efecto, en los actos administrativos no interviene la voluntad del administrado, realizado en ejercicio de la función administrativa, por cualquier órgano estatal, de allí que son actos administrativos así los decretos, resoluciones, autorizaciones y permisos, produce efectos jurídicos, ello dentro o fuera de la administración y de carácter retroactivo en el cuanto beneficien al administrado y como última característica produce efectos jurídicos de carácter individual a diferencia del reglamento que posee efectos generales.....[4].

Con esta descripción muy clara de las características del acto administrativo podemos señalar una clara tendencia a destacar el poder coercitivo que poseen los actos, ya que imperiosamente afectarán para bien o para mal la esfera jurídica del administrado. Con esto logra beneficiar o perjudicar una serie de derechos, así

[4] Dromi, José Roberto. (1978). El Acto Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Editorial Macchi. Pág 41.

que, se presenta sumamente importante definir claramente sus elementos y presupuestos para garantizar que el acto dictado sea legalmente válido y eficaz.

Al ser realmente delicada la relación Estado - Administrado por la diferencia marcada de poder, se necesita una serie de certezas que se brinden, con el fin de no lesionar arbitrariamente los derechos del administrado y tener mecanismos que equilibren la balanza, buscando primar así el derecho de defensa y el carácter de idoneidad de la función pública.

Todo esto proviene del principio fundamental de legalidad, donde el Administrador sólo puede hacer lo que se le está expresamente permitido y el administrado puede realizar todo aquello que no se le está expresamente prohibido.

4. Elementos.

Los elementos del acto administrativo son fundamentales para comprender la finalidad del mismo, su funcionalidad y en la ausencia de uno de ellos, parcial o totalmente, afecta ya sea, la validez o la eficacia del mismo cuando nace a la vida en la esfera jurídica. De allí que aunque existen varias definiciones de los elementos, nos basaremos para este rubro en la Ley General de la Administración Pública, ya que nos otorga una especificación más clara y contundente de aquellos elementos que en su ausencia afectan la validez o eficacia final del acto administrativo.

Respecto a los elementos del acto administrativo, éstos se clasifican en subjetivos, objetivos y formales.

El elemento subjetivo se refiere al autor del acto, sea, la Administración Pública, a través de su respectivo órgano o ente. El Título Tercero del Libro Primero de la Ley General de la Administración Pública, se encarga de regular lo relativo a la competencia, este elemento resulta importante porque el trabajo versa sobre actos

provenientes de una institución pública reconocida como tal, como es el PANI y por lo tanto la presencia del elemento subjetivo en las actuaciones que veremos nos puede resultar útil a la hora de determinar la vía en qué puede ser resuelta una medida que ataque su validez y efectos.

Por su parte, los elementos objetivos hacen referencia al motivo, al contenido, y al fin de del acto.

El motivo refleja la fundamentación del acto, consiste en el antecedente jurídico que determina la necesidad de emitirlo y que permite el ejercicio de la competencia en el caso concreto; en otros términos, es el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que ha tomado en cuenta la Administración para dictarlo. Lo anterior implica que su ausencia conlleva la imposibilidad de ejercer la competencia en ese caso en particular.

La Ley General de la Administración Pública regula este elemento en su artículo 133, al indicar:

> **"Artículo 133.** 1. El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.
> 2. Cuando no esté regulado deberá ser proporcionado al contenido y cuando este regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento."[5]

El contenido versa sobre aquello en lo que consiste el acto administrativo. En otros términos, es lo que el acto dispone, y se expresa en su parte dispositiva. Un concepto que se vincula o es conexo con éste es el objeto, entendido como el efecto que se propone conseguir la Administración al dictar el acto. Tanto el

[5] Costa Rica. (2013). Ley General de la Administración Pública y Decretos Nº 8979- P/ Nº 9469-P. Cuarta Edición. EDITEC EDITORES S.A.

contenido como el objeto de los actos administrativos deben ser ciertos, lícitos y físicamente posibles.

Ahora bien, si el motivo constituye el antecedente del acto administrativo, es preciso que éste tenga una finalidad, o sea, que esté orientado a alcanzar un objetivo determinado.

El fin es el resultado último que debe conseguir el acto. Por ello, es subsiguiente al acto en cuanto a su realización. El fin es la razón que justifica la emisión del acto. En ese sentido, resulta claro que los diversos órganos de la Administración deben cumplir su cometido procurando alcanzar fines que estén en armonía con el interés público, siendo éste un aspecto esencial, por lo que no debe obviarse. El actuar de los órganos administrativos no puede ser arbitrario, sino que debe encaminarse a alcanzar los objetivos propuestos a su acción.

La determinación del fin no corresponde a la Administración. Por el contrario, debe fundarse - en cada caso concreto- en las normas legales que regulan la actividad general del órgano administrativo que dicta el acto de que se trate y, debe ser verdadero y real. Proceder en sentido contrario, implicaría que se incurra en desviación de poder.[6]

Acerca del fin del acto, el artículo 131 de la Ley General citada dispone cada uno de los fines lícitos que debe poseer el acto.[7]

---

[6] Francisco Ulloa Loria. (2013). Curso de Derecho Administrativo. 3ª ed, San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. Pág 152 a 156.

[7] ***"Artículo 131.*** *1. Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás.*

2. Los fines particulares del acto serán fijados por el ordenamiento, sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento.

3. La persecución de un fin distinto al principal, con detrimento de este, será desviación de poder."

Finalmente, los elementos formales del acto son el procedimiento y la forma de manifestación. Al respecto, basta con indicar que para dictar un acto administrativo se requiere cumplir con una sucesión de actuaciones ("trámites sustanciales", como refiere el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública) y condiciones previamente establecidas, como vía que debe adoptarse para formar la voluntad administrativa y expresarla en un acto.

Tales procedimientos administrativos son una garantía jurídica, así como de eficiencia, de la acción administrativa. Consideraciones similares proceden respecto a la forma, pues, se deben observar aspectos tales como el deber de expresar el acto por escrito (salvo que su naturaleza exija una forma diversa), el deber de que el acto contenga la información requerida, la obligación de que consten las firmas pertinentes, etc. (vid. artículo 134 de la Ley General de la Administración Pública).[8]

5. Validez y Eficacia del Acto

Dos elementos fundamentales del acto administrativo a tener en cuenta son la validez y eficacia del mismo, para efectos de la presente investigación debemos tener muy en claro a qué se refiere cada una y cómo se manifiestan en la vida jurídica, ya que a partir de su definición podremos determinar los supuestos en donde opera la suspensión del acto y bajo qué parámetros opera la misma, lo que a la postre nos ayudara en determinar qué puede y qué no puede ser discutido en una justicia contencioso administrativa, sobre un tema relacionado al derecho de familia, lo que viene a ser nuestro problema central.

La validez del acto administrativo puede ser definida como

> "...la congruencia entre el acto y el ordenamiento jurídico, es decir, el acto administrativo es válido al cumplir los requisitos exigidos por el

[8] Lease artículo 34 de Ley General de la Administración Pública y Decretos Nº 8979- P/ Nº 9469-P.

ordenamiento jurídico, como lo establece también el artículo 28 de la LGAP....."[9]. Eduardo Ortiz (2000) clasifica la invalidez de la siguiente forma:

"**Invalidez Absoluta o Relativa:** Ésta será según la gravedad del vicio en la medida que impida el fin del acto administrativo, el acto absolutamente nulo, es ilegítimo y no podrá ejecutarse, sus efectos son nulos y no podrá el acto ser ejecutado o invalidado y el acto relativamente nulo produce efectos tal si tuviera validez hasta que es anulad. Sus efectos desaparecen retroactivamente cuando sea necesario evitar el daño al destinatario, su ejecución implica responsabilidad civil de la administración, pero no produce responsabilidad penal del funcionario excepto si se comprueba dolo o culpa grave. La impugnación del acto se planteará a través de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Invalidez Originaria o Derivada: Según provenga del vicio propio del acto o de la invalidez de otro acto antecedente, la invalidez derivada, se origina de la omisión de aspectos de procedimiento.

Invalidez simultánea o sucesiva: La invalidez simultánea consiste en un vicio existente desde que se dictó sucesiva al producirse la desaparición del requisito de existencia o validez del acto".[10]

Ahora bien la doctrina en sí relaciona la validez con elementos de forma del acto administrativo, siendo que ante la falta parcial o relativa de algún requisito formal del mismo, el acto puede ser totalmente nulo o anulable por su forma, en cambio para la doctrina la eficacia del acto tiene que ver con la posibilidad o capacidad del acto de producir efectos jurídicos, es decir, que el acto que se considera eficaz y que producirá efectos jurídicos tiene una presunción de que el acto es válido y se

---

[9] Francisco Ulloa Loria. (2013). Curso de Derecho Administrativo. 3ª ed, San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. Pág 157.

[10] Eduardo Ortiz Ortiz. (2000). Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. San José, Costa Rica: Editorial Stradtmann S.A. Pág 413-417.

buscará su cumplimiento inmediato a partir de la notificación del mismo a todos los sujetos procesales, aunque si llegara a perjudicar a terceros puede ser anulado.

Haciendo esta reseña básica acerca del acto administrativo nos permite ubicarnos en el contexto del hecho generador y sustentante de la presente investigación por lo que es conveniente comentar acerca de los actos que emite el PANI y dilucidar si su naturaleza se apega a todos los elementos y características planteados de un acto administrativo.

B) Análisis de los actos emitidos por el Patronato Nacional de la Infancia y su naturaleza administrativa.

1. Naturaleza y Misión del Patronato Nacional de la Infancia.

El Patronato Nacional de la Infancia se fundó el 15 de agosto de 1930 y en el contexto de la época, surgió como la instancia gubernamental encargada de brindarle protección a la niñez y la familia, su fundador es Luis Felipe González Flores.

Aquí resulta importante resaltar el cambio de paradigma que se da en los noventas de la doctrina tutelar a la doctrina de la protección integral, necesario es reiterar que antes de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, prevalecía la consideración minorista del niño como la más clara y deleznable expresión de la Doctrina de la Situación Irregular, en la que se sustenta el paradigma tutelar, con un enfoque de la infancia bajo la percepción de lástima, compasión, caridad y represión.[11]

---

[11] Yuri Emilio Buaiz V. La Doctrina Para la Protección Integral de los niños: Aproximaciones a su Definición Y Principales Consideraciones 1. Oficial de Derechos del Niño/UNICEF ybuaiz@unicef.org

Este paradigma tutelar divide a la infancia entre quienes tienen recursos y pueden acceder a ciertos privilegios y los que no, con lo que se someten a un tratamiento diferencial, sujetos a la "beneficencia" protectora, los excluidos de oportunidades sociales, con una progresiva imposición de reglas que criminalizan su situación de pobreza, y que toma como objeto de derecho las diversas situaciones de hecho adversas, para responder con una especie de marcaje jurídico a la apropiación del ser, desmoronando su condición humana, al someterse a la institucionalización (léase internamiento y privación de libertad). Serán pues los confinados de la sociedad todos aquellos niños que al presentar ciertas características (que más bien condiciones), sociales se les tutelará con la represión judicial e institucional.

El marco de los Derechos Humanos sobre los cuales está asentado el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social para las personas, permite aproximarnos a la definición de la protección integral a los niños, niñas y adolescentes. Entendida así, la Protección Integral tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación.[12]

Ante esta nueva realidad latinoamericana se ha tenido que adaptar el PANI, el cual tiene su asidero constitucional en el artículo 55 de la Constitución Política de 1949, que indica que **"La protección especial de la madre y el menor estará a cargo de una Institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de otras instituciones del Estado".**[13]

Para realizar su labor el PANI cuenta con normativa nacional e internacional que se deriva principalmente de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Costa Rica en 1990, el Código de la Niñez y la Adolescencia (7739)

---

[12] Miguel Cillero. (1998).. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA ., Santa Fe de Bogota- Buenos Aires: Editorial TEMIS, Ediciones DEPALMA. Pág 78.

[13] Costa Rica (2012). Constitución Política de la República de Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A.

promulgado el 6 de febrero de 1998 y su Ley Orgánica (7648) de 1996, que se constituyen en el marco legal mínimo para la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica.

Con base en este marco legislativo y contando con el funcionamiento del Sistema Nacional de Protección, el PANI cumple con su función a través de una estructura organizativa y un modelo de atención integral consecuentes con la misión, visión y valores, de la cual en su mayoría se cumple, sin embargo aún muestra falencias propias de todo sistema humano, que representa desafíos de mejora para el Patronato. La Ley Orgánica del Patronato señala su naturaleza indicando:

> "El Patronato Nacional de la Infancia es una institución autónoma con administración descentralizada y presupuesto propio. Su fin primordial es proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, como elemento natural y pilar de la sociedad".[14]

Y para esto la ley le faculta de las siguientes atribuciones, para cumplir sus objetivos:

> Las atribuciones del Patronato Nacional de la Infancia serán:
>
> s) Administrar el fondo proporcionado por el Poder Ejecutivo para atender, en todo el país, a la población infantil en riesgo.
>
> t) Dictar los reglamentos internos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus objetivos.
>
> u) Las demás atribuciones establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación vigente sobre la materia."[15]

---

[14] Costa Rica (2002). Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y su Reglamento. Primera Edición. Investigaciones Jurídicas S.A.

[15] Costa Rica (2002). Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y su Reglamento. Primera Edición. Investigaciones Jurídicas S.A.

Lo anterior nos sirve para ilustrar el por qué el PANI posee su propia reglamentación muy particular, puesto que al ser una institución de derecho público regida bajo el derecho administrativo, su objetivo primordial es regido por el derecho de familia y viene a ser un aspecto central en nuestra investigación, pues se pretende dilucidar hasta dónde nos encontramos en supuestos que abarquen un ámbito (derecho de familia) y hasta dónde otro (derecho administrativo).

La **misión** o propósito del Patronato Nacional de la Infancia se define como:

> "El Patronato Nacional de la Infancia es la institución rectora en políticas de niñez y adolescencia, ejecutora de planes, programas y proyectos orientados a promover y garantizar los derechos y el desarrollo integral de las personas menores de edad y sus familias, en el marco de la doctrina de protección integral, con la participación de las instituciones del Estado y demás actores sociales".[16]

La **visión o** imagen de lo que ser el Patronato Nacional de la Infancia en el futuro se indica de la siguiente manera:

> "El Patronato Nacional de la Infancia como institución rectora ejerce el liderazgo en la formulación y ejecución de políticas de niñez y adolescencia, articulando y facilitando la participación de los diferentes actores sociales, para lograr una nueva cultura jurídica y social que entiende a las personas menores de edad como sujetos sociales de derechos".[17]

El CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA (CNNA) se creó en 1998, bajo el artículo 170 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Esta

---

[16] Página del Patronato Nacional de la Infancia de Costa Rica, Misión, (consultado 15 de febrero), http://www.pani.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=178&Itemid=62

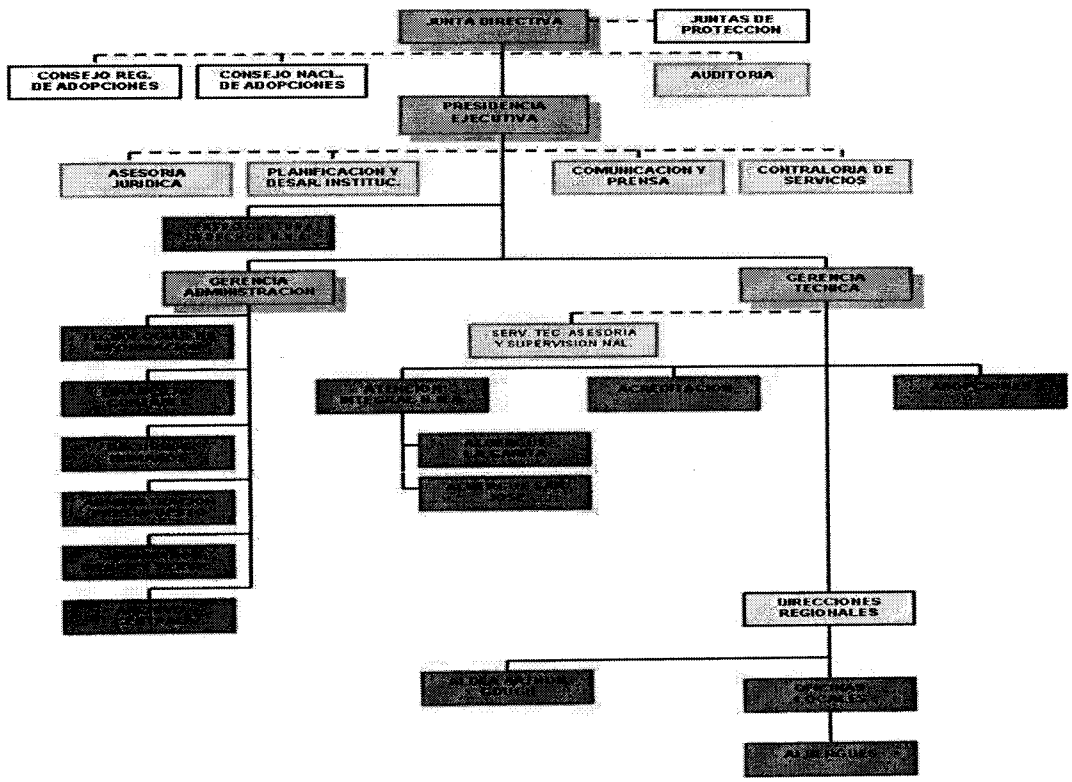
[17] Página del Patronato Nacional de la Infancia de Costa Rica, Misión, (consultado 15 de febrero), http://www.pani.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=178&Itemid=62

instancia constituye un ente de deliberación, concertación y coordinación entre el Poder Ejecutivo, las Instituciones Gubernamentales Instituciones Autónomas y de la Sociedad Civil.

Desde su creación y hasta el día de hoy, el objetivo que ha guiado las acciones del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia se resume en la aplicación de políticas públicas y programas basados en el principio fundamental del respeto a los **Derechos de la niñez y la adolescencia.**[18]

La estructura del PANI que presentaremos a continuación nos muestra su organigrama que viene a ser fundamental a la hora de determinar su orden jerárquico en el pronunciamiento de actos administrativos y conocimiento de recursos y procesos judiciales:

Figura 1. Organigrama del PANI.



[18] IBIDEM

Fuente: PANI 2014

2. Potestades y actuaciones del PANI.

La Potestad es la posibilidad para llevar a cabo actos de efecto jurídico.
Posee carácter subjetivo en la medida que es un modo de regulación de la conducta del individuo.

Su carácter objetivo se manifiesten en la medida que es medio para el nacimiento de derechos y obligaciones.

CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DEL PANI

- Es una situación jurídica iba que permite la realización de actos jurídicos
- Autoriza la interferencia en escena jurídica ajena
- Se haya regulado y prevista por el ordenamiento jurídico.
- -Es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, es propia del ente que la detenta.[19]

El Patronato Nacional de la Infancia es una de las pocas instituciones descentralizadas que están expresamente contempladas en la Constitución, es el Patronato Nacional de la Infancia, institución autónoma a la que la Constitución ha encomendado la especial protección de las madres y de los menores.

El PANI atiende los casos de abusos contra niños o contra las madres, como un primer frente que ofrece la Administración Pública ante estos problemas gracias a la misma potestad que le otorga la constitución como frente de batalla en situaciones de riesgo de menores. La Ley Orgánica del PANI otorga a esta Institución, potestades excepcionales para el cumplimiento de su cometido, como

---

[19] Página del Patronato Nacional de la Infancia de Costa Rica, Estructura, (consultado 15 de febrero), http://www.pani.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=178&Itemid=62

lo son la suspensión temporal de la patria potestad, el depósito de menores agredidos en hogares sustitutos, entrega de la tutela temporal del menor como lo veremos más adelante, etc., todo como herramientas de una política de intervención cautelar urgente, ya que al cumplir su misión de protección a menores en estado de riesgo, se debe comprender como trascendental la posibilidad que se le otorga al PANI de una autonomía funcional y dictar actos en función de esa política proteccionista integral.

Ahora bien viene siendo fundamental rescatar que ante las anteriores posibilidades de acción con las que cuenta el PANI como armas proteccionistas de menores, ellas deben formuladas y utilizadas dentro del marco de lo legal establecido para todas las instituciones públicas en lo referente al trámite de pronunciamiento de actos administrativos para garantizar su validez y eficacia.

Para entender las potestades y actos que emite el PANI tenemos que realizar una breve referencia a su misma naturaleza como institución descentralizada y comprenderemos su ámbito de manejo.

Primero que nada sobre el tema de las instituciones descentralizadas e necesario señalar que la descentralización se caracteriza por que contempla la creación de un sujeto de derecho con su competencia de acción (la que le fue otorgada por medio constitucional o de ley), en este caso como lo señalamos la competencia del PANI dada por el legislador es la de protección a los menores de edad y madres.

La anterior referencia rápida sobre la descentralización es algo que nos permite entender más fácil las características de una institución como el PANI y sus alcances como sujeto de derecho público, de allí que Eduardo Ortiz (2000) señala una clasificación de los actos administrativos de las instituciones descentralizadas y de los cuales no es una excepción los emitidos por el PANI, los cuales son:

- Acto interno, todo aquel acto dentro de la misma administración pública que va dirigido a regular su organización o función como por ejemplo una circular, o una nota.
- Acto externo, el dirigido al administrado, como por ejemplo una declaratoria de abandono de un menor o una de adopción.
- Acto concreto va dirigido a un sujeto determinado por ejemplo un nombramiento,
- Actos generales son dirigidos hacia la colectividad, como una política de trato, o derechos declarados de menores.[20]

La anterior referencia nos sirve para ilustrar las características administrativas que desempeña el PANI, al ser un sujeto de derecho público y aunque sus funciones y misiones que desempeña se enmarcan dentro de una materia diferente como la de familia, eso no desvirtúa su naturaleza y ámbito legal de ejecución, como lo veremos más adelante la investigación nace de un acto externo y concreto dictado por la institución.

Contra esos actos que dicta el PANI, existen distintos modos de contención, el central de nuestra investigación, es la medida cautelar, sin embargo antes de llegar a ese punto, la normativa ofrece opciones dentro del mismo procedimiento administrativo como lo son los recursos, a continuación haré referencia a ellos con la finalidad de establecer el procedimiento previo que generalmente siguen los actos del PANI antes de entrar a ser debatidos en una vía judicial.

3. Actos administrativos que puede dictar el PANI.

El Patronato Nacional de la Infancia, como lo reseñamos anteriormente, es la institución rectora de derechos en materia de infancia, adolescencia y familia y queda claro que su fin primordial es la protección especial y general de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de la Doctrina de la

[20] Eduardo Ortiz Ortiz. (2000). Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. San José, Costa Rica: Editorial Stradtmann S.A. Pág 383.

Protección Integral de Derechos Humanos y de los Enfoques Rectores y Administrativos que lo forman.

Como una institución descentralizada perteneciente a la administración pública el PANI tiene la capacidad para dictar distintos tipos de actos administrativos, unos donde se regula a sí misma, como actos organizativos, otros que tienden a regular su relación con los funcionarios que la integran y por último aquellos propios de la materia para la que fue creada, donde tiene la libertad de competencia para dictar todos aquellos actos tendientes a la protección de las personas menores de edad, dentro del marco de legalidad.

Al esclarecer las potestades de las que está provisto el PANI, podemos afirmar que para cumplir con su finalidad, el ordenamiento jurídico costarricense ha dotado al Patronato Nacional de la Infancia de amplias atribuciones y competencias legales, así como de un número importante de instrumentos jurídicos tendientes a propiciar la protección, defensa y garantía de los niños, niñas y adolescentes, cuyos derechos están siendo amenazados o han sido violentados por acciones u omisiones de la sociedad o el Estado, faltas o abusos de los padres de familia, e incluso, por acciones u omisiones contra si mismos.

Como parte de los instrumentos legales y normativos previstos para garantizar los derechos de las personas menores de edad, aparece el Proceso Especial de Protección en sede administrativa, concebido como un conjunto de procedimientos a cargo de las Oficinas Locales del Patronato Nacional de la Infancia, orientado a la protección integral de estas personas e inspirado en el enfoque de derechos humanos de la niñez y adolescencia.

Se trata de un proceso de naturaleza jurídica con impacto psicosocial en la vida de las personas menores de edad, en el cual las medidas de protección establecidas en el Código de la Niñez y la Adolescencia constituyen el acto jurídico formal que dota de certeza y eficacia la intervención institucional en esta materia. A pesar de estar definido como un procedimiento sumario e informal, el Proceso Especial de Protección en sede administrativa debe asegurar el respeto de los principios

sustantivos y las garantías procesales más esenciales a las partes intervinientes, de tal forma que las decisiones institucionales que se adopten se enmarquen dentro de un proceso garantista que responda a una verdadera y efectiva Justicia Administrativa, desprovistas de arbitrariedad, subjetivismo y parcialidad.

Dentro de los actos que puede dictar el PANI nos encontramos con una variedad y sin número de medidas que ha adoptado a través de los años con el fin de cobijar los derechos fundamentales del menor entre ellos podemos enumerar medidas cautelares que no permiten ejercen la patria potestad, (como por ejemplo el impedimento de custodia, visitas y comunicaciones), también medidas para proteger a menores en situación de riesgo, (como declaratorias de abandono, allanamientos para recuperar la tutela del menor, traslados de menores a albergues del PANI o impedimentos de salida a menores de edad), tutelas de menores de edad, (como custodias provisionales y completas) y declaratorias de adoptabilidad de menores y adopciones como tal.[21]

Es sumamente importante hacer esta mención puesto que el tema principal de la presente investigación tiene su origen en tres actos administrativos que dicta el PANI, primero la tutela provisional que brinda al familiar de un menor de edad, ante la imposibilidad de sus padres de hacerse cargo al momento de su nacimiento, luego la revocación de ese acto antes de cumplirse el plazo establecido para la tutela y por último la declaratoria de allanamiento con el fin de recuperar al menor de edad. Por lo que primero debemos resaltar que el PANI tiene la potestad para dictar todos estos actos, pero deben estar originados bajo un marco de legalidad, proporcionalidad y fin idóneo para cumplir debidamente con su función y si esto no se llega a cumplir debemos repasar los mecanismos establecidos por la ley como formas de defensa contra estos actos.

4. Impugnaciones y oposiciones a sus actuaciones.

[21] Medidas de Protección del PANI, (consultado 15 de febrero), http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Centro%20de%20Jurisprudencia/Amparos%20y%20Habeas/FAMILIA.pdf

Como cualquier tratamiento en materia del derecho administrativo y en específico de los actos administrativos nos referimos a decisiones de la administración pública que posee efectos ya sea para sí misma o para los administrados.

Como ya ha sido mencionado dentro de la función administrativa de los entes públicos como el PANI, la medición de poderes que poseen las partes tiene como particularidad el desequilibrio, no hay comparación entre el poder del Estado y del administrado, por lo que el legislador ha presupuestado mecanismos de defensa donde el administrado pueda hacer valer sus derechos ante la administración y cuestionar la validez del acto, así como suspender temporal o totalmente sus efectos.

Dicho esto es posible encontrar ámbitos donde el administrado por el principio de defensa puede interponer recursos u oposiciones ante los actos administrativos, cuando sintamos que lesionan algún derecho, cuando recaigan negativamente sobre un interés directo y legítimo del administrado o en el supuesto que se dañe un interés difuso como una colectividad, que poseemos.

Dentro de lo específico de nuestro tema, sin ahondar aún mucho en la normativa vigente, que analizaremos más a fondo, en el plano administrativo los recursos u oposiciones ante los actos dictados por el PANI están regidos por la LGAP, como institución descentralizada creada por el Estado para un fin y objetivo determinado se rige por la ley que contempla como primer punto lo establecido en el artículo 141 que establece:

> "1. Para ser impugnable, administrativa o jurisdiccionalmente, el acto deberá ser eficaz. En todo caso, la debida comunicación será el punto de partida para los términos de impugnación del acto administrativo.

2. Si el acto es indebidamente puesto en ejecución antes de ser eficaz o de ser comunicado, el administrado podrá optar por considerarlo impugnable desde que tome conocimiento del inicio de la ejecución.".[22]

Este artículo es de relevancia fundamental en la investigación, primero porque el primer párrafo nos viene a establecer la regla general para impugnar un acto administrativo y el segundo párrafo será fundamental en el caso central de análisis posterior, que permitirá facultativamente impugnar y buscar suspender el acto a discutir, por lo que administrativamente es posible utilizar todos los métodos recursivos que nos otorga la ley para buscar la revocación del acto, conforme a lo establecido en la LGAP. Lo anterior ilustra la fase recursiva y de oposición en el proceso administrativo.

Lo cierto es que aquí señalaremos, dejando esta discusión para más adelante, que en la vía judicial luego de seguir el proceso administrativo en el mismo PANI, es posible recurrir a la vía judicial para dilucidar si las actuaciones de la institución y sus declaraciones o resoluciones son apegadas a derecho y si sus actos administrativos tienen las correctas motivaciones. Por medio de incoar un proceso donde se discutan las actuaciones del PANI, se realiza el control de la legalidad de esta institución pública y el presente análisis nos expondrá la vía idónea para realizar este control de legalidad de los actos.

Por el momento se señala que es la regla que opera en nuestro sistema judicial, lo anterior, sin embargo opera en el aspecto de la discusión de fondo de una controversia en materia de menores, pero al aspecto de las formas y de la validez, y no de la eficacia, donde también operan en la vía judicial otros mecanismos como las medidas cautelares, luego de señalar a qué nos referimos con procesos de guarda y tutela de menores.

---

[22] Costa Rica. (2013). Ley General de la Administración Pública y Decretos Nº 8979- P/ Nº 9469-P. Cuarta Edición. EDITEC EDITORES S.A.

Ahora mismo es importante delimitar los actos administrativos que son sujetos de nuestra investigación y son aquellos actos que dicta el PANI por motivo de procesos de tutela y custodia de menores.

C) Análisis de los Principios del Derecho de Familia y su permeabilidad en las actuaciones del PANI.

1. Definición del Derecho de Familia.

El Derecho de familia se puede definir como el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros.[23]

Al ser el objeto de protección debemos definir el concepto de familia en el ordenamiento de Costa Rica, desde el punto de vista jurídico es el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o la filiación, o bien como individuos vinculados por lazos de consanguineidad afinidad resultantes a la vez de las relaciones matrimoniales o paterno filiales.[24]

Es la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo tanto físico como social. En sentido amplio. Grupo de personas entre las cuales existe un vínculo familiar, entendido como parentesco (abuelos, tíos, primos, cuñados, hijos, etc). Sentido restringido. Núcleo paterno filial, el grupo constituido por padre, madre o hijo que conviven con ellos. Sentido intermedio. Grupo que vive bajo un mismo techo, incluyéndose no solo el núcleo paterno filial, sino también otros parientes que habiten la misma vivienda en forma más o menos permanente e incluso, se abarcaría las relaciones entre personas que no son parientes, como el caso de las uniones de hecho entre personas que tienen hijos que no son del actual compañero.

---

[23] Ángel Carrasco Perera. (2006). Derecho de Familia (Casos. Reglas y Argumentos), Madrid, España: Editorial Dilex. Pág 27.

[24] IBIDEM

El derecho de familia en nuestro país se basa en ciertos principios fundamentales debido a su misma naturaleza de protección a los miembros de la familia.

2. Principios del Derecho de Familia.

Los principios del derecho de familia que podemos encontrar unánimemente aceptados son los siguientes: principio de protección, de intervención automática, temporalidad, sumariedad, gratuidad, oralidad, inmediatez y proporcionalidad, estos principios deben mostrarse reflejados en todos aquellos procesos donde se tutele algún derecho de la familia o alguno de sus integrantes, pueden definirse como:

- Principio de Protección: Por el tipo de personas que protege este derecho, es un derecho que se considera protector de los sujetos de la sociedad que pueden encontrarse en posiciones de desventaja, como niños y madres dentro de la familia.
- Principio de Intervención Inmediata y Oportuna: Debe ser el Derecho de Familia, en mayor medida aún que cualquiera derecho, una institución lista para actuar de manera rápida y eficaz ante cualquier situación de riesgo inminente, con el fin de equiparar las situaciones de poder en la sociedad.
- Principio de sumariedad: Por la población que se ve envuelta, los pronunciamientos y trámites deben cumplirse en el menor tiempo posible.
- Principio de oralidad: Como todo el derecho y su evolución tiene una marcada tendencia a las audiencias orales.
- Principio de sencillez e informalidad: No presenta los requisitos y formalidad de otros derechos que los vuelven más solemnes y formales.
- Principio de razonabilidad y proporcionalidad: Todo trámite del derecho de familia debe llevar un equilibrio y razonabilidad en sus decisiones y normas.[25]

[25] Derecho de Familia (consultado el 15 de junio del 2014), http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_familia.

Los anteriores principios representan la base por la que se rige toda la tutela familiar y ante la protección de personas menores de edad, éstos deben tomar aún más relevancia, ante la indefensión en que se pueden encontrar las personas menores de edad.

Un aspecto importante para el análisis del presente trabajo es determinar de qué forma se pueden tutelar los actos dictados por el PANI, de manera que se cumplan a cabalidad los principios del derecho de familia y cuestionar si el hecho de que se diriman actos originados por el PANI en la justicia contencioso administrativa vendría en detrimento de alguno de los principios esenciales del derecho de familia.

De allí que es claro que un principio como el de sumariedad puede verse afectado si los actos que dicta el PANI se dilucidarán por la vía contencioso administrativa ya que la justicia de familia está diseñada para acortar los procesos en la búsqueda de una protección más efectiva y pronta de los miembros de la familia y la justicia contencioso administrativa, aunque debe presentar un matiz, como toda justicia, de ser pronta y cumplida suele representar un proceso más extenso y por los puntos a debatir entre administrado y administración.

En otro orden de ideas, la justicia de familia está diseñada para ser gratuita y la contenciosa administrativa no lo es, lo que rompería este principio, el dirimir situaciones de un menor de edad en la vía contenciosa administrativa.

Y por último es claro que la justicia contencioso administrativa representa una justicia con unas solemnidades y formalidades que la justicia de familia no representa por el tipo de población que tutela por lo que puede volverse más tedioso la primera vía para defender los derechos de una persona menor de edad.

Ahora bien más adelante se podrá tocar el tema de si estos principios se ven reflejados en la justicia de familia cuando se trate de una tutela cautelar prima facie según la legislación nacional y eso brindará un panorama claro de cuáles son las lagunas que se presentan en la tutela efectiva de los derechos de las personas menores de edad.

3. Procesos dirigidos por el PANI de protección de menores en temas de tutela y custodia propios del derecho de familia.

En Costa Rica se ha avanzado diametralmente en materia de protección de los derechos de la niñez, a partir de la Convención sobre los Derechos de los Niños, la guarda crianza de un menor se puede definir como " la potestad que tienen los padres a tener a los niños en su compañía, velar por ellos y proporcionarles todas las condiciones adecuadas para su desarrollo físico, moral, educativo y espiritual con el fin de lograr un desarrollo integral de su persona que le permita enfrentarse a la vida".[26]

En un plano ideal la misma debe recaer sobre sus padres que conjuntamente llevan la tarea de sacar adelante al menor, sin embargo, en nuestra sociedad lastimosamente este enunciado se ha vuelto en la actualidad la excepción y no la regla, ya sea por separación de los padres, o que ellos no se encuentran juntos como pareja o bien no poseen las capacidades o condiciones mínimas para tener bajo su cargo la guarda crianza del menor y por ello es que el PANI entra a escena como un protector en algunos casos y como fiscalizador en otros de los derechos del menor, buscando la solución idónea en favor del menor.

La tutela es "una figura jurídica por medio de la cual se le concede a una persona llamada tutor o tutora la guarda, crianza, educación, representación, administración y vigilancia de una persona menor de edad llamada pupilo o pupila,

---

[26] La Guarda Crianza de los Menores de edad en Costa Rica, (consultado 15 de junio), http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2007/09/768_la_guarda_crianza_de_los_hijos_menores_13-02-06.pdf.

la cual opera ante la ausencia de la patria potestad de su padre y de su madre."[27] Importante señalar cinco aspectos elementales que contiene la figura de la tutela.

"El primero de ellos es que la tutela no opera cuando los dos o alguno de los padres de la persona menor de edad ostentan la patria potestad, es decir, tutela y patria potestad son excluyentes, I segundo es que esta figura jurídica opera sólo en caso de personas menores de edad, es decir, la tutela fenece cuando el pupilo o la pupila cumplan los 18 años de edad o antes sí se está ante el caso de una emancipación. El tercer aspecto es que los dos padres debieron de haber perdido la patria potestad o morir, si por ejemplo, muere la madre del niño o niña, el padre ostentará la patria potestad y, por ende, no se podrá solicitar la tutela. El cuarto aspecto de la tutela es que una persona menor de edad únicamente podrá tener un tutor. El quinto es que el tutor debe rendir una garantía en caso que el menor tenga bienes."[28]

Dado lo anterior el PANI se encuentra investido constitucionalmente como lo hemos mencionado para dictar todos aquellos actos y realizar todas aquellas diligencias destinadas a proteger al menor en los procesos de custodia y tutela.

Dando estas consideraciones doctrinarias sobre las capacidades de los menores y el origen de los procesos de tutela y custodia, nos propondremos en este momento sólo a determinar que las raíces de los procesos de protección de menores datan de los principios de derecho internacional que han ido siendo consagrados en las distintas fuentes de derecho como la Constitución Política, las leyes y reglamentos de nuestro país.

---

[27] David Felipe Cortés Segura. (2013). Análisis de la figura de la tutela en Costa Rica: Necesidad de una reforma legal en resguardo del interés superior de la persona menor de edad. Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Pág 22.

[28] David Felipe Cortés Segura. (2013). Análisis de la figura de la tutela en Costa Rica: Necesidad de una reforma legal en resguardo del interés superior de la persona menor de edad. Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Pág 25.

Por lo tanto se pueden ver los procesos de protección de menores como cualquier proceso administrativo, judicial o de cualquier índole que involucren derechos fundamentales inherentes de las personas menores de edad, ya sea para defender derechos propios a su personalidad, o por su capacidad de autodeterminación, aquellos que diluciden derechos de tutela o guarda del menor, y por ley siempre que se den, deberá participar el PANI como contralor eficiente de que se cumpla el interés superior del menor como principio primario y fundamental.[29]

Sin embargo como veremos más adelante hasta el propio PANI como institución comete atropellos y actos arbitrarios en el afán de perseguir su objetivo, que ha dejado en inobservancia muchas veces ese principio fundamental y también en reiteradas ocasiones de elementos claves en la validez o eficacia del pronunciamiento de muchos actos administrativos tendientes en la buena teoría a proteger al menor, pero que en veces más bien atentan contra ellos, por lo que existe ese principio tan importante como es el de contradictorio, donde se pueden discutir si las actuaciones del PANI en beneficio del menor son las adecuadas o no lo son, para ello como lo indicaré también más adelante, y como ya lo he mencionado se faculta por ley a la jurisdicción de familia como una jurisdicción especializada en la materia.

Ahora bien, para demostrar cómo está protegido el menor o la madre en esta materia, las sentencias que se dicten en materia de familia, nunca causan estado en cuanto a los aspectos materiales. Es decir las sentencias no adquieren autoridad de cosa juzgada material por lo que el caso siempre podrá ser reabierto y revisado de nuevo por los jueces de familia, sin embargo en todo lo mencionado en los últimos párrafos sobre la protección de menores, es importante dilucidar aspectos de fondo de las actuaciones sobre las personas menores de edad.

---

[29] La Guarda Crianza de los Menores de edad en Costa Rica, (consultado 15 de junio), http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2007/09/768_la_guarda_crianza_de_los_hijos_menores_13-02-06.pdf

A continuación la investigación se centrará en determinar al tenor de los principios de especialidad, interés superior del menor y el control de la legalidad de las instituciones del Estado cuál jurisdicción es la oportuna y competente para conocer sobre estos procesos de tutela y custodia cuando rebasen el plano administrativo de instrucción del Patronato Nacional de la Infancia y se sumerjan en el plano judicial donde se determinan las cuestiones de fondo al tenor del derecho de familia, pero también las actuaciones administrativas como tal y las responsabilidades administrativas inherentes a la función pública.

CAPÍTULO II

Análisis del Juez Competente para conocer sobre el Control de la Legalidad de las Actuaciones del PANI en Materia de Custodia de Menores.

A) Principio Constitucional de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

La Jurisdicción contenciosa administrativa es una competencia establecida en nuestro país a partir de la reforma constitucional del año 1949 y en esa misma reforma se le elevó a un rango constitucional que permanece hasta nuestros días, pero que sin embargo ha experimentado modificaciones como todo el derecho en general dependiendo de las necesidades que plantea la sociedad.

Esta jurisdicción se encuentra regulada en el artículo 49 de la Constitución Política y muestra la voluntad del legislador por regular muy bien las actuaciones del Estado en aras de evitar la afectación de derechos de los administrados en la relación de poder más desigual en nuestro ordenamiento.

A continuación se expondrá un pequeño análisis del artículo con el propósito de determinar los alcances de la jurisdicción contenciosa administrativa y si ésta se encuentra restringida a ser aplicada sólo por los tribunales contencioso administrativos o si bien por su carácter especial es posible que todos los operadores del derecho puedan ejercer un control de la legalidad de los actos del Estado por medio de la aplicación de los principios de esta justicia y de esta manera darle respuesta de a poco a la problemática planteada en la presente investigación.

1. Análisis del Artículo 49 de la Constitución Política.

En el derecho costarricense se procura defender los derechos fundamentales de la persona, al tenor de un Estado fundamental de derecho cuando busca proteger la esfera jurídica de los administrados, a través de evitar un daño proveniente de una actuación administrativa, para ello es que el artículo 49 de la Constitución establece que:

> "Establécese la jurisdicción contencioso - administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados."[30]

Bajo este artículo es posible afirmar que la justicia contencioso administrativa es una potestad que le brinda la ley a todo el poder judicial para conocer sobre los actos administrativos y por ello es que es posible determinar que un juez de familia a la hora de conocer sobre una medida cautelar contra el PANI o el mismo proceso de fondo, puede utilizar supletoriamente el CPCA, con el fin de aplicar la justicia contenciosa administrativa a las actuaciones del PANI, siendo que su contenido de protección al menor será siempre de familia y es posible que un juez de familia utilice aspectos procesales administrativos en sus resoluciones por ser de forma, pero no que un juez contencioso administrativo utilice aspectos de fondo del derecho de familia, por su finalidad.

Sin embargo juristas como el señor Ernesto Jinesta no concuerdan con esta acepción y se mantienen celosos en otorgar funciones de control de legalidad a otros jueces que no sean los contencioso administrativos manifestando que:

---

[30] República de Costa Rica (2012). Constitución Política de la República de Costa Rica. San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A.

"A nuestro juicio, el control jurisdiccional de la legalidad administrativa debe estar en manos de jueces especialistas que conozcan y manejen los principios, normas, prerrogativas y potestades que Inspiran e informan específicamente la actuación administrativa. Por consiguiente, el legislador no puede apartarse del parámetro constitucional y atribuirle competencia a un orden jurisdiccional distinto del contencioso-administrativo para conocer y resolver sobre la legalidad de la función administrativa. Lo contrario supone vaciar de contenido la Justicia Administrativa que constituye uno de los fundamentos del Estado de Derecho."[31]

Sin embargo aunque existe esta resistencia a la posibilidad de otorgar facultades de control de la legalidad de las actuaciones de las instituciones públicas a jueces no especializados en la jurisdicción contencioso administrativo, la Sala Constitucional ha entendido las nuevas necesidades de la sociedad y poco a poco se ha encargado de facultar a ciertas jurisdicciones a realizar un control de la legalidad, (tales como la agraria y la laboral), por lo que más adelante se menciona la tendencia jurisprudencial en este tema.

A continuación se expondrá una reseña que hace la Sala sobre el artículo 49 de la Constitución.

2. Tratamiento Jurisprudencial de la Competencia Contenciosa Administrativa

Como se comentó las nuevas tendencias de la sociedad obligan al derecho a evolucionar y tutelar situaciones que por mucho tiempo han presentado una laguna jurídica por los vacíos que todo ordenamiento posee, como por ejemplo, el control de la legalidad de las actuaciones del Estado era escasamente tutelado

[31]Ernesto Jinesta Lobo, Análisis crítico de la evolución constitucional, legislativa y jurisprudencial de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, (consultado 21 de febrero), http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/ANALISIS%20CRITICO%20DE%20LA%20EVOLUCION%20CONSTITUCIONAL.PDF

antes del año 49 y en ese año al promulgarse la constitución se elevó a rango constitucional y se le dio una importancia relevante en la esfera jurídica costarricense.

Como se ha manifestado existen muchas resoluciones de la Sala Primera de la Corte y de la Sala Constitucional donde se ha especificado el alcance de la justicia contencioso administrativa y ha buscado como criterio jurisprudencial defender el control de la labor formal de la Administración para determinar que todas aquellas situaciones donde se necesite un análisis más formalista y legalista de las normas administrativas siempre estarán sujetas a la jurisdicción contenciosa administrativa como justicia especializada como se observa en la resolución **000 544 -C-S1-2014** de la **SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, a las catorce horas cincuenta minutos del diez de abril de dos mil catorce donde la Sala dice que:

> "De la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nivel constitucional se encuentra tutelada por el artículo 49 Constitucional, que dispone a ésta jurisdicción como una atribución del Poder Judicial con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda entidad de derecho público. El tema de la responsabilidad del Estado se encuentra regulado a nivel constitucional, en tutela, al menos, de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares. A partir de lo anterior, no cabe duda que este es un aspecto que integra la función jurisdiccional encomendada al Poder Judicial en la Carta Magna, y la cual, resulta consustancial a la sede contencioso-administrativa. Sobre el particular, cabe mencionar que a esta le corresponde el conocimiento de conformidad con el ordenamiento jurídico de la conducta pública, manifestada principalmente por su vertiente administrativa. A la luz de lo anterior, y siendo que las normas constitucionales no admiten, como lo ha señalado esta misma Sala, reductos exentos de la cobertura del principio de responsabilidad estatal.

Tal es el principio que se extrae del cardinal 3 inciso 2) del Código Procesal Contencioso Administrativo, el cual, si bien excluye determinados actos del conocimiento de esta sede, lo hace únicamente a efectos de su anulación, más no el eventual deber de reparar en caso que se irrogue una lesión."[32]

El anterior extracto ilustra claramente todo el criterio jurisprudencial de la Sala ya que expresa que función contencioso administrativa es un principio constitucional de suma relevancia y en cuanto a la jurisdicción establece la posibilidad de ser realizada por alguna otra instancia jurisdiccional sin aplicar un ámbito reduccionista a la función del juez contencioso administrativo en casos donde la vertiente sea netamente administrativa o donde se discutan responsabilidades de la administración y reparaciones de daños, pero la misma si puede ser extensiva en caso de anular de actos, sin embargo en éstos momentos el interés es denotar los alcances del artículo 49 y a qué supuestos enmarca la misma jurisprudencia ya que un próximo apartado se expondrá la posibilidad que se ha brindado a otros operadores del derecho fuera de la instancia contenciosa administrativa a realizar este control de la legalidad.

Por el momento antes de entrar en la anterior premisa se debe para efecto de la investigación delimitar también el ámbito de desarrollo de la jurisdicción de familia y su tratamiento en materia de interés superior del menor.

B) Jurisdicción de Familia.

Como se manifestó en la reseña de la jurisdicción contenciosa administrativa en 1949 se emite la Constitución Política que rige actualmente. Ésta contenía principios como el de igual-dad del hombre y de la mujer, y el de igualdad de los hijos. Así de esta manera se puede hablar en la era moderna del derecho

[32] RESOLUCIÓN 000 544-C-S1-2014, a las catorce horas cincuenta minutos del diez de abril de dos mil catorce. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

costarricense del nacimiento de una regulación especial para el derecho de familia que fue avanzando en el tiempo hasta llegar al ordenamiento que poseemos hoy, una jurisdicción de familia más especializada pero aún en pañales en materia procesal.

1. Alcances y competencias de la Jurisdicción de Familia.

A través de los años se han dado reformas en el Código Civil con la intención de que estuviera acorde con los lineamientos de la Constitución. No obstante no se consideraron suficientes y en los años sesenta se conformó una comisión para revisar la normativa familiar, trabajo que se concluyó en 1973 con la aprobación del Código de Familia, quedando pendiente lo que a los procedimientos judiciales y administrativos para los asuntos de familia se refiere. El Código de Familia logró dentro de los cánones de dicha época de los setenta ajustar la normativa a los principios de igualdad de derechos de hombres y mujeres y de hijos habidos fuera del matrimonio con los habidos dentro de él.

El Código de Familia ha sufrido cambios continuos casi desde sus inicios. Se han dado reformas en los años 1976, 1977, 1985, 1989, 1990, 1994, 1995, 1996, 1997, 2001, 2002 y 2004.

Por ejemplo la reforma de 1989 cambió lo relativo a los procedimientos pues se promulgó un nuevo Código Procesal Civil. La de 1990 se dio a raíz de una ley de "igualdad real" de la mujer. En 1995 se dieron reformas importantes en lo que adopción y declaratoria de abandono de las personas menores de edad se refiere y también se adicionó un capítulo sobre la "unión de hecho".

En 1996 se dieron ajustes relacionados con el tema de discapacidad de las personas. La reforma de 1997 tendió a eliminar el efecto de pérdida de gananciales por la "culpabilidad" en el divorcio, entonces aún y cuando un cónyuge incurriera en adulterio, por ejemplo, no pierde el derecho de participar en los bienes gananciales que se encontraran en el patrimonio del otro esposo. En el

2001 se dio una reforma considerada un hito. Antes la madre de un hijo extramatrimonial tenía que acudir a la vía judicial para que se estableciera la paternidad de su hijo, cargando con los costos inmediatos del juicio, sin perjuicio que los recuperara al final del mismo. Ahora, la madre declara ante el registrador quién cree que es el padre y el Registro Civil inicia un procedimiento administrativo convocando al supuesto padre para que reconozca su paternidad o pida una prueba de ADN.[33]

Ahora bien, la normativa familiar se ha ido completando con leyes especiales. Las más importantes son: Ley contra la Violencia Doméstica (1996), Ley de Pensiones Alimentarias (1996), Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (1996), Código de la Niñez y la Adolescencia (1998).

Se han ratificado varios tratados internacionales, que como hemos explicado tienen valor superior a las leyes, y por ende, son muy importantes para la decisión de los asuntos: Convención sobre Derechos del Niño (ONU 1989), Convenio para la Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Conferencia de La Haya), Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Conferencia de La Haya 1980), Convención Interamericana para eliminar la violencia contra la mujer (denominada Belem do Para, OEA).

Todas las anteriores son herramientas propias de los operadores judiciales de familia y son constantemente utilizadas en las resoluciones, también es preponderante resaltar que existen procesos de familia contenciosos que presentan un contradictorio entre partes para esclarecer derechos de los miembros de la familia que son los sujetos a tutelar dentro de su relación familiar y los no contenciosos donde se hacen reconocimientos de derechos sin dos partes en conflicto.

---

[33] Acercamiento al Derecho de Familia y al Sistema Judicial de Familia en Costa Rica (consultado el 15 de febrero del 2015), http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-4?id=46.

Un aspecto importante a resaltar en materia de menores es que se han creado los juzgados de familia niñez y adolescencia como juzgados especiales para conocer sobre los procesos donde se debatan derechos de personas menores de edad y están encargados de velar porque se tutele el principio constitucional de interés superior del menor y siempre debe participar el PANI en estos procesos. Esta jurisdicción posee aspectos muy importantes que deben ser resaltados como la gratuidad, informalidad y celeridad de los procesos que los hacen idóneos para resolver las situaciones de los menores de edad, sin embargo poseen las mismas lagunas jurídicas de toda la justicia de familia como lo es la falta de una norma procesal que regule específicamente los procesos, la posibilidad de los jueces a dictar medidas especiales sin la audiencia del PANI (medidas cautelares que se expondrá más adelante) y de realizar en general un control de legalidad completo sobre las actuaciones del PANI.

A continuación es de suma relevancia para la investigación determinar los alcances en la jurisdicción de familia del principio más importante que debe tutelar el PANI por su misión y causa de constitución y es el interés superior del menor.

2. Consideraciones sobre la Tutela del Interés Superior del Menor en la Justicia de Familia.

Es básico en la presente investigación y en la búsqueda de una solución satisfactoria al problema planteado, el determinar los alcances del principio llamado interés superior del menor y cuáles son las facultades de las autoridades administrativas y judiciales para tutelarlo.

Esto último presenta su relevancia en el problema de la investigación puesto que la función encomendada por el legislador al PANI es la tutela de este principio y por lo tanto cuando realiza función administrativa con el fin de protegerlo se debe determinar la justicia competente para conocer sobre el control de la legalidad de

esta función y es ahí donde se debe mencionar la esencia que rodea el principio para esclarecer la vía competente de análisis.

Según las diferentes fuentes de derecho, es importante recalcar que el principio del interés superior del niño nace con una concepción de protección al menor y sus intereses, estos se deben de entender como el conjunto de necesidades para su desarrollo como persona y solventar sus necesidades básicas prioritarias.

Esto último se debe entender como un principio a tutelar por la materia de Familia, como una de sus características fundamentales, la protección prioritaria de los sectores vulnerables, se entiende además de la protección al menor, que se extiende a otros sectores como las personas con discapacidad y a los adultos mayores, entre otros sectores, en tanto se encuentren en una situación de vulnerabilidad. Llega a su representación hacia el menor por medio de la figura de la tutela, y la custodia, ya sean definitivas o temporales.

Ahora bien es necesario entender que la importancia de este principio no sólo radica a la hora del conflicto por el menor, por ejemplo a la hora de una separación del núcleo familiar, sino también en cualquier supuesto donde se pongan en predicamento los derechos del menor y alguna medida pueda causar un daño irreparable dentro de su vulnerabilidad. Bajo estas situaciones es que toma importancia el principio del interés superior del niño.

Se entiende que este principio se toma en cuenta para dar protección al menor, en todo caso es necesario analizar este hecho, ya que la gran problemática actual se da por la escasa precisión en la delimitación de los alcances con la que se toma dicho principio, creando una gran incertidumbre a la hora de esperar la decisión del juez con respecto a quien toma por propias las necesidades básicas del menor. Se presta para la toma de decisiones discrecionales y no normadas expresamente. El por qué se da este extraño hecho se escuda en la intención de darle una mayor capacidad al principio de la que realmente tiene, los aplicadores

del derecho se sustentan en una interpretación viciada por aspectos muy formalistas y no aspectos más reales y sociales Sin embargo es de resaltar negativamente como existen más seguridades jurídicas a la hora de tutelar valores menores como la propiedad y siguen existiendo inconsistencias en la tutela del ISM.

Es en este punto cabe resaltar que es labor del juez determinar qué le es más conveniente al menor, no sólo con aspectos económicos o normados expresamente, sino valorando aspectos emocionales y además sociales y en nuestro caso, debe ser imprescindible para el juez ya sea de familia o de cualquier otro, brindar alguna respuesta satisfactoria basado en las posibilidades legales que tenga, para tutelar el citado principio de una manera cautelar, por lo menos evitando que se distorsione la situación actual de derecho del menor, mientras puede ser dilucidado con más calma en la vía destinada para el control de la legalidad y esto más si tomamos en cuenta las situaciones de hecho, donde se buscaba con la medida cautelar suspender temporalmente un acto administrativo y luego debatir en el proceso principal los aspectos de derecho.

La normativa más especializada que permite tutelar el ISM, es el Código de la Niñez y la Adolescencia, que fue creado con el mismo fin que repasamos anteriormente en las fuentes de derecho y es el de brindar una protección especial, específica y detallada a los derechos de los menores de edad y ello se ve claramente señalado en los artículos 4 y 5 del Código que establecen:

> "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.

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."[34]

En estos artículos del Código de la Niñez y la Adolescencia, se maneja una clara línea descendente desde las normas supra constitucionales, donde se clarifican un poco mejor los alcances materiales del principio del interés superior del menor, hasta el Código de la Niñez y la Adolescencia ahora es de suprema importancia el artículo 4 que nos viene a llevar un paso más allá en las obligaciones del Estado para con los menores de edad, ya que exige al Estado a garantizar que los derechos del menor se verán tutelados y esto lo podemos ver de manera inexorable en los artículos noveno y 112 del CNA que establecen:

"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.

---

[34] República de Costa Rica (2013). Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

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."[35]

Son de suma importancia estos apartados, puesto que nos vienen a señalar que cuando haya duda en la aplicación de una normativa, siempre el organismo jurisdiccional debe optar por la que favorezca el interés del menor, o sea, sería válido destacar que en el caso donde el interés superior del menor exija que se valore si una medida suspensoria de un acto, debe ser obligatorio para el juez dictar cualquier medida en pro de defender y mantener derechos del menor que se perderían sino se tutelan.

En nuestra constitución política este principio encuentra asidero legal en nuestra Carta Magna, en la que se establece en el artículo 51 que:

"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 y el enfermo desvalido".[36]

---

[35] República de Costa Rica (2013). Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

[36] República de Costa Rica (2012). Constitución Política de la República de Costa Rica. San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A.

Es claro que el legislador constituyente quiso brindar un carácter totalmente diferenciador a la protección de la familia, de la madre, del niño y del desvalido, por cuanto se presentan en su forma de ver, como sujetos de derecho que se pueden encontrar en determinadas posiciones de desventaja frente a otros sujetos o que sus derechos pueden ser más fácil vulnerados por sus condiciones, entonces bajo esos razonamientos, se les otorgan tutelas especiales.

En el caso de los niños, podemos observar como el legislador en el artículo 55 que establece:

> "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"[37],

Es la extensión del artículo 51 constitucional, ya que crea ese ente especial encargado de velar por los derechos de la madre y del menor, que se encargará de velar porque el artículo 51 se cumpla a cabalidad, sin embargo, y haciendo una interpretación más allá, no podemos ser tan simplistas en afirmar que creando el PANI, se cumple con el objetivo trazado, al contrario, es una herramienta más, de las muchas que deben ser utilizadas por los legisladores, de allí que los administradores del derecho en todas sus ramas deben estar facultados para proteger todos y cada uno de los principios consagrados en la constitución, de todas las maneras posibles respetando el principio de legalidad e idoneidad de las resoluciones judiciales.

De allí que la jurisprudencia indica en la resolución Nº 2012010986 de que:

> "...El principio de protección especial de los derechos de los niños y las niñas, se encuentra ampliamente reconocido a lo largo del texto constitucional en varios de sus artículos, específicamente, en los artículos

[37] IBIDEM

51 y 55, de los cuales se desprende el interés del Constituyente, en garantizar una protección especial del Estado hacia los menores de edad, a través de la creación de una institución especializada a cargo velar por esa protección, así como de disposiciones normativas y las políticas necesarias para garantizar a los niños y niñas, el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, los cuales incluyen educación, recreación, alimentación, vestido y salud.

Bajo esa inteligencia, todas las medidas que adopten las instituciones públicas, los tribunales de Justicia, el poder legislativo y demás órganos públicos, deberán atender al interés superior del menor, el cual consiste en la labor de priorizar los intereses de los menores y adoptar -como en derecho corresponda- las medidas que más favorezcan su desarrollo físico, mental y social.

Este interés superior configura un principio constitucional que rige todos los procesos o asuntos en los que intervenga directa o indirectamente un menor de edad. Sin embargo, es preciso indicar, que al tratarse de un principio, éste no cuenta con una definición exacta, ni una lista taxativa de sus alcances, por lo que su desarrollo, aplicación, límites, alcances y protección, se encuentran a cargo de la ley...si bien el cuidado especial de los menores se encuentra a cargo del Estado, de su familia y de la sociedad, el diseño de los procedimientos, límites, mecanismos, requisitos, políticas e instancias correspondientes para garantizar esos derechos reconocidos por el Derecho de la Constitución, es potestad discrecional del legislador..."[38]

Del anterior extracto podemos señalar dos aspectos fundamentales, uno la Sala toma el principio del interés superior del niño y lo eleva claramente en su rango

[38] RESOLUCIÓN 2012010986, a las quince horas cinco minutos del catorce de agosto de dos mil doce. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

constitucional, sin embargo, reconoce la irregularidad e inexactitud de su esencia y por eso indica que debe ser especificado más a fondo en sus alcances por la ley, así como sus medidas de protección (como la tutela cautelar).

Ahora bien es preciso determinar actualmente como un juez contencioso administrativo o de familia puede llenar este vacío y se puede determinar algo fundamental en la investigación y es la finalidad de cada una de las justicias.

Por ello es preciso determinar según lo investigado que la justicia contenciosa administrativa se encarga de resolver conflictos de **índole administrativo** ocasionados por una actuación de la administración pública, determinar responsabilidades o no, determinar sanciones, resarcimientos, etc, pero su finalidad no versará sobre aspectos de fondo del derecho de familia, por lo que no sería posible dilucidar la idoneidad de una situación de custodia y tutela para un menor en la vía contenciosa administrativa, bajo esta premisa no es posible que el juez contencioso conozca sobre el control de la legalidad si no será el competente para conocer sobre el objetivo principal que se busca (sin embargo como se verá adelante si tiene injerencia en otro aspecto aunque secundario del caso).

Por otro lado la finalidad de la justicia de familia es tutelar y proteger los derechos de los miembros que integran la familia, sobre todo aquellos miembros más vulnerables por lo que sería la jurisdicción competente para conocer sobre la legalidad de las actuaciones del PANI en el ejercicio de la tutela al ISM, sin embargo, existen dos problema básicos y es determinar bajo qué principio puede el juez de familia conocer sobre actos administrativos, determinar suspensiones, validez, eficacia y procedimiento y segundo al tenor de la jurisdicción contenciosa administrativa qué aspectos de la función administrativa pueden ser tratados por los operadores judiciales administrativos, este segundo punto será sujeto de análisis a continuación.

C) Materias que se pueden encontrar en conflicto de competencias con la jurisdicción contenciosa administrativa.

Al pasar de los años y con una sociedad más globalizada existe una tendencia a poder abrir y romper esquemas restringidos por años sobre la imposibilidad de algún juez a pronunciarse en temas ajenos a su especialidad, sin embargo, sin querer expresar que el principio de especialidad está quedando obsoleto, pues siempre representará un criterio primario de seguridad jurídica en la división de competencias, si es palpable que en situaciones grises donde el límite de uno u otro derecho son menos claros, existe la tendencia a buscar empoderar a los jueces a dictar resoluciones jurídicas más completas y fundamentadas utilizando no sólo instrumentos jurídicos propios de su especialidad, sino también algunos otros que lo complementen.

1. Criterios Jurisprudenciales sobre Conflictos de Competencia donde se encuentre involucrada la Justicia Contenciosa Administrativa

El derecho administrativo en sí, es un derecho muy especial puesto que aunque existe como tal, su ámbito de acción es más reducido en su fondo del que se puede percibir, ya que muchas de las instituciones del Estado realizan función administrativa desde el plano formal permeada de principios de todos los demás derechos y por tal motivo la tendencia de la Sala Constitucional es permitir poco a poco que jueces fuera de la jurisdicción contenciosa administrativa dicten resoluciones al tenor de normas de derecho administrativo con el fin de presentar una justicia más completa y fundamentada.

En el voto de la Sala Constitucional No. 3095-94 de las 15:57 hrs. del 3 de agosto de 1994 es trascendental ya que la Sala Constitucional estima que el propósito del constituyente de 1949 en el ordinal 49 fue dotar al individuo, en sus conflictos con la Administración, de un medio de defensa especializado ("herramienta contra los actos administrativos ilegales"), garantía o "derecho subjetivo a la posibilidad de

impugnar los actos ilegales".[39] El Derecho Fundamental a la revisión de la legalidad de la función administrativa, a tenor del Voto de la Sala Constitucional referido, puede ser ejercitado ante cualquier tribunal de la República al que la ley le haya atribuido expresamente esa competencia (caso del juez agrario). Este importante precedente fue reiterado por la Sala Constitucional, con lo que se consolidó como pauta jurisprudencial, en los Votos Nos. 7540- 94 de las 17:42 hrs. del 21 de diciembre y 5686-95 de las 15:39 hrs. del 18 de octubre (para la hipótesis de los jueces laborales). Esta línea jurisprudencial no ha dejado de suscitar algunas hesitaciones, puesto que, puede sostenerse, razonablemente, que existe una reserva constitucional del objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa, esto es, que el control de la legalidad de la función administrativa le corresponde de manera exclusiva y excluyente a ese orden jurisdiccional, dado que, el artículo 49 Constitucional incorpora la cláusula regia del Estado de Derecho.

Así, bien estudiada la jurisprudencia se puede señalar que no existe un precedente establecido por la Sala, ni algún tribunal, que verse sobre un caso parecido al expuesto aquí, ya que no existe una clarificación acerca de algún conflicto familia-administrativo, por criterios de competencia, que haya sido expuesto o consultado, sin embargo, existe jurisprudencia que puede resultar conexa acerca de un conflicto entre la competencia laboral y la administrativa donde la Sala confirma criterios brindados con anterioridad donde le otorga a la jurisdicción de trabajo, la posibilidad de conocer, analizar y anular actos administrativos que tengan que ver con el empleo público.

Es importante observar los criterios que brinda la Sala para reconocer esta competencia en la jurisdicción de trabajo, sin embargo, esto no implica necesariamente que el mismo criterio pueda ser empleado en la investigación pero si puede presentar una guía en la senda de buscar soluciones. Aquí la Sala se

[39] Voto 3095-94, a las quince horas cincuenta y siete minutos del tres de agosto de mil novecientos noventa y cuatro. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

pronuncia ante una acción de inconstitucionalidad promovida a las 11:40 horas del 10 de noviembre del 2006, donde el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que remite a la jurisdicción laboral el conocimiento de los asuntos cuyo objeto verse sobre la nulidad por ilegalidad de actos administrativos que tienen como efecto el despido del funcionario público, así como también la nulidad del artículo 3 inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo.

Alega que en múltiples pronunciamientos -entre ellos, las resoluciones 607-C-2001 y 000742-C-2006- la referida Sala Primera ha determinado que los actos de despido de funcionarios públicos tienen como relación subyacente una relación laboral y por ende su conocimiento corresponde a la jurisdicción de trabajo, lo cual considera que quebranta los artículos 11, 41 y 49 de la Constitución Política.

Considera que la última de estas normas remite el control de la legalidad de la función administrativa a una única jurisdicción, lo cual se explica porque la vinculación de los servidores públicos con la Administración a la que sirven está regida por el Derecho Administrativo por expresa disposición de los artículos 112 y 113 dela Ley General de la Administración Pública.

El acto de nombramiento del funcionario público en Costa Rica es un acto administrativo, sujeto a los principios y elementos que lo componen, con sometimiento pleno a la fiscalización del juez contencioso administrativo. Lo anterior torna inconstitucional la jurisprudencia indicada, así como, por conexidad, lo dispuesto en el artículo 3 inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo (ley número 8508 del 25 de abril del 2006), en cuanto excluye de esa jurisdicción toda la materia de empleo público, debiéndose interpretar que solamente quedan exceptuadas las reclamaciones derivadas de una relación de empleo público en las que el objeto sean pretensiones laborales reguladas por el Código de Trabajo.

En la Resolución, se indica que en

> *".....segunda instancia la Sala Primera señala las dificultades para deslindar la competencia entre las jurisdicciones contencioso-administrativa y laboral, lo que explica las variaciones en la jurisprudencia. Así, originalmente como criterio de distinción se aplicó el de pretensión de invalidez del acto administrativo; se estableció que cuando el proceso pretende la invalidez de un acto administrativo o la reinstalación de un funcionario, el litigio es contencioso-administrativo; de acuerdo con lo cual, la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de la nulidad, reinstalación y cobro de daños y perjuicios; también se ha aplicado el criterio de la jurisdicción más favorable; la sentencia de mérito decide reservar para la jurisdicción laboral los conflictos entre el trabajador y el patrono derivados de una relación laboral, entendiéndose para tales efectos que la relación que corre entre el servidor público y la Administración Pública es de esa naturaleza, inclusive si se trata de una relación estatutaria. Así, la posición jurisprudencial de la Sala Primera no diferencia entre la naturaleza de la relación de empleo, su régimen jurídico ni la naturaleza de la actividad que desarrolla el organismo público demandado. Por consiguiente, la naturaleza estatutaria de la relación entre el Estado y el actor y el objeto del proceso (nulidad de la conducta administrativa) no es óbice para declarar la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por ende, la competencia de la jurisdicción laboral.*
>
> *Lo anterior ha conducido a que, en la práctica, la jurisdicción laboral conozca de casi la totalidad de los conflictos relativos a relaciones de empleo público. La naturaleza administrativa de esta relación desaparece ante la consideración de que la relación de empleo es de carácter laboral."*[40]

[40] RESOLUCIÓN 2012010986, a las quince horas cinco minutos del catorce de agosto de dos mil doce. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Siguiendo esta línea la Sala señala que

> *"Se evacua la Consulta Facultativa de Constitucionalidad en el sentido de que la creación legislativa establece una jurisdicción agraria a la que se le atribuye la competencia material de revisar la legalidad de algunos actos de la Administración Pública, no quebranta la Constitución en su artículo 49. La Sala reitera estos argumentos, los cuales son de total aplicación en el caso de la jurisdicción de trabajo, que, al igual que la contencioso-administrativa, está expresamente contemplada en el numeral 70 de la Constitución. La naturaleza de los derechos que esta tutela, explica los principios procesales que la rigen y que contempla el Código de Trabajo, por ejemplo el principio de gratuidad procesal -Art.10-, el de celeridad -Art.393 y el principio in dubio pro operario -Art.17-., entre otros. Ello explica que el legislador estimara que debía excluirse del conocimiento de los jueces contencioso-administrativos los asuntos que correspondan a la jurisdicción de trabajo."*[41]

La Sala se basa para confirmar la competencia de los jueces laborales para conocer sobre los actos administrativos que involucren situaciones de empleo público, uno que en ningún momento se transgrede el artículo 49 de la constitución[42], ya que el derecho a garantizar la legalidad de la función administrativa siempre se está tutelando, y hasta en una vía gratuita y más accesible de accionar, además la Sala considera, que los antecedentes citados tienen como presupuestos de interpretación y aplicación de la Constitución los principios "pro hómine" y "pro operario", así como la mejor garantía para el trabajador sea funcionario o empleado público, en tanto que el presunto conflicto constitucional se ha planteado para garantizar la supremacía del artículo 49 constitucional, entendido desde un punto de vista orgánico y competencial, sobre el cual prevalecen aquellos principios inherentes a los derechos fundamentales.

---

[41] IBIDEM

[42] Ver artículo 49 de la Constitución Política

En base a lo dispuesto por las Resoluciones de la Sala N° 9928-10 del 09 de junio de 2010 y dimensionados sus efectos mediante resolución N° 11034-10 del 23 de junio de 2010, se anuló el inciso a) del artículo 3 del CPCA estableciendo que

> *".....Las causas pendientes de ser resueltas ante la Jurisdicción Laboral a la fecha de publicación íntegra de esa sentencia en el Boletín Judicial, serán conocidas y resueltas, definitivamente, por ese orden jurisdiccional, para lo cual si se trata de una pretensión que, por su contenido material y régimen jurídico aplicable, se rige por el Derecho Administrativo, el órgano jurisdiccional laboral deberá aplicarlo. Se exceptúan de lo anterior, los procesos que sirvieron de asunto previo o base a las acciones de inconstitucionalidad acumuladas, en los que deberán readecuarse los procesos, si resulta posible o conducente o tramitarse, desde un inicio, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , previo auto de pase de la Jurisdicción Laboral. Todos los asuntos planteados a partir del día siguiente a la publicación íntegra de la sentencia en el Boletín Judicial deberán ser interpuestos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o Laboral, según corresponda por el contenido material o sustancial de la pretensión y el régimen jurídico aplicable."*[43]

Sin embargo es importante resaltar un aspecto diferenciador entre la jurisdicción de familia y la jurisdicción laboral, que hace aún más complicado de establecer una analogía entre una situación y la otra y es el interés superior del menor que debe ser un principio aún más protegido, por lo que implica decisiones, tutelas y resoluciones mejor fundamentadas para los jueces competentes y que se les doten de todas las armas de protección, por lo que no se puede realizar una simple división entre aspectos formales y materiales.

---

[43] Costa Rica (2013). Código Procesal Contencioso Administrativo. Investigaciones Jurídicas S.A.

Por lo que, desde el plano de la jurisprudencia se pueden sacar ciertas conclusiones que enriquecen la investigación, como que, el plano del interés superior del menor requiere un análisis de fondo muy exhaustivo por parte de un operador del derecho, ya que es un principio delicado y que cualquier decisión puede resultar en una tutela efectiva o en causar un daño irreparable, a lo que el juez debe utilizar todas las armas que estén a su alcance para protegerlo.

Dicho esto es importante resultar que no debe existir un conflicto de inseguridad jurídica de hacia cuál justicia remitirse y es el operador judicial de familia el más capacitado según su formación para conocer sobre casos que versen sobre menores de edad, por lo que no sería lo más recomendable buscar la vía contenciosa administrativa con el fin de discutir derechos o tutelas de personas menores de edad ya que el juez de familia posee una sensibilización distinta por el tipo de casos que resuelve.

2. Conflicto que pueden presentar los Actos dictados por el PANI entre la Competencia de Familia y la Contenciosa Administrativa.

Así bien, como la jurisprudencia dota de posibilidades a los jueces laborales de conocer sobre casos de empleo público por su fondo, ya que poseen una formación más acorde con la esencia de los casos, es lógico señalar que los jueces de familia son los idóneos para conocer sobre intereses de menores, sin embargo, no debe quedar descubierto los aspectos de la función administrativa y la responsabilidad que conlleva y éstos si pueden ser discutidos paralelamente en la justicia contenciosa administrativa, pero como el mayor interés de tutelar el control de la legalidad del PANI, es proteger al menor, es indudable que la competencia debe ser de familia.

Según lo investigado es innegable que el PANI como institución del Estado realiza función administrativa en el cumplimiento de la motivación para la que fue creado como es la tutela de las personas menores de edad, pero así también otras

instituciones realizan función administrativa aunque la materia que regulan no sea administrativa como por ejemplo el Registro Nacional que se permea de temas civiles, comerciales, agrarios, por ejemplo o la Súper Intendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) que regula derecho de telecomunicaciones o las entidades que regulan Derecho Bancario.

Todas éstas son ejemplificaciones de instituciones y entes públicos que realizan función administrativas bajo principios de otras materias y no por ello se desvirtúa la función administrativa, sin embargo, invita a los operadores judiciales a tener un sistema mucho más vasto de herramientas en la hora de la fundamentación de sentencias.

El PANI instruye procesos administrativos en materia de tutela provisional y custodia de menores, el derecho aplicable en todas las decisiones que tomen sus funcionarios deben ser fundamentas por los principios del derecho de familia entre los que prima el interés superior del menor y también deben dictarse acorde a los principios del derecho administrativo en materia de actuaciones administrativas y función pública por lo que presenta una dualidad en las materias aplicables, así mismo se puede establecer una dualidad en las jurisdicciones competentes para conocer sobre el control de la legalidad de las actuaciones de sus funcionarios.

Según lo visto a la luz de la jurisprudencia, normativa y el mismo principio del ISM se debe rescatar que por criterios de idoneidad, proporcionalidad y gratuidad, la jurisdicción de familia debe ser la competente para conocer sobre todos aquellos aspectos que debatan derechos y declaren situaciones de hecho y de derecho que involucren personas menores de edad por lo que serían los competentes para realizar el control de la legalidad de los actos que dicta el PANI en los temas mencionados, y como se expondrá más adelante es el criterio de los jueces contencioso administrativos que se inhiben en el conocimiento de procesos sobre las actuaciones del PANI en custodia de menores, sin embargo existen aún problemas que presenta la justicia sobre este control de legalidad.

Como primer punto es cuestionarse qué tan completa es la formación y posibilidad que tienen los jueces de familia para brindar resoluciones completas y fundamentadas donde no sólo brinden una solución material a la luz de los principios del derecho de familia en protección de menores, sino, que tengan la posibilidad de analizar todos los aspectos, formalidades y solemnidades que permean la función administrativa y anular o ratificar los actos administrativos haciendo un análisis completo del acto como tal utilizando las herramientas normativas propias del derecho administrativo como el CPCA.

Como segundo punto es el hecho de determinar qué pasa con un aspecto medular de la función pública como es la responsabilidad administrativa y el derecho indemnizatorio del administrado en las actuaciones del PANI que aunque no es el derecho primario a tutelar como es el ISM, no debe ser menospreciado, ni dejado de lado en su tratamiento.

Y como tercer punto es determinar bajo el uso de herramientas jurídicas accesorias como las medidas cautelares en procesos de conocimiento, qué tan protegidos se encuentran los derechos de los menores en la jurisdicción de familia ante el mismo PANI y ante actuaciones que puedan dictarse en menoscabo de sus derechos en sedes administrativas por lo que a continuación basados en un la solución de una medida cautelar PRIMA FACIE se observarán primero los criterios de los jueces contencioso administrativos y más adelante los vacios que puede presentar la justicia de familia en su aspecto procesal.

D) Criterio imperante en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa sobre Actos dictados por el PANI.

Como se ha puesto de manifiesto, para nadie es un secreto, que un fenómeno social, como lo es el derecho, se nutre de las situaciones cotidianas, buscando su actualización día con día, ya que si no se adecúa a esta premisa, sufrirá de

manera inexorable la consecuencia de volverse obsoleto e inadecuado para resolver las controversias sociales.

Por ello, las nuevas situaciones y desafíos que salen a relucir día a día, aunque al principio se muestren como una problemática de vacíos legales o lagunas, terminan volviéndose un aspecto de crecimiento para el derecho cuando el mismo se ajusta a las necesidades de la tutela de una manera más idónea.

La presente problemática incoada en la tesis, propone como es de suponer un debate actual y verídico, acerca de situaciones fáticas reales y por ello, toda disyuntiva que los sujetos sociales disponen, debe ser solucionado a la mayor brevedad por el derecho, utilizando cualquiera de sus fuentes, llámese leyes, jurisprudencia, doctrina, etc.

A diario los agentes administradores del derecho en Costa Rica, se encuentran con la toma de decisiones que deben basar en su conocimiento de la ley y de su interpretación de la misma, pero no están exentos a que en algunos casos especiales, la normativa, ni la interpretación, sean suficientes, por el carácter de zonas grises, donde se mueven los casos y por ello, los jueces pueden recurrir a consultas jurídicas d análisis previo, con el fin de determinar si son competentes o no, para conocer de algunos casos, más específico por razón de la materia.

En base al tema planteado sobre la competencia judicial en el control de la legalidad de los actos del PANI se tomará como ejemplo un caso real acerca de la resolución de una medida cautelar PRIMA FACIE en sede contenciosa administrativa y desde ahí, desde una herramienta accesoria e instrumental de un proceso principal determinar el criterio de la justicia contenciosa administrativa en la problemática, para luego entrar un poco en el análisis acerca del contenido de las medidas cautelares PRIMA FACIE contra los actos administrativos del PANI y la problemática de su ejecución.

1. Análisis de un caso en concreto desde la resolución de una medida cautelar PRIMA FACIE.

A continuación se brindará una descripción fática del caso y de los sujetos involucrados con nombres totalmente ficticios y con propósitos netamente didácticos, para ejemplificar la problemática y detectar el criterio de la justicia contenciosa administrativa en realizar un control de legalidad de los actos del PANI.

- **Relación de Hechos.**

- El día primero de noviembre del año 2012, nació el menor de edad Daniel, fruto de una relación de un año entre la señorita María de 18 años de edad y Juan de 23 años de edad.

- Como antecedente Juan tiene una lista delitos en los historiales policiales por robos simples, posesión de drogas y distribución, así como también es consumidor de heroína y cocaína frecuentemente y alcoholismo, María, tiene serios problemas de alcoholismo y drogadicción que arrastra de su relación con Juan, en estas condiciones de los padres es que se da el nacimiento del menor.

- A raíz de esta situación Doña Pilar (quien es la abuela del menor y madre de María), pone en conocimiento del Patronato Nacional de la Infancia, el nacimiento del menor, poniendo a la institución en sobre aviso de las condiciones en que se encuentran los padres, avalada por María que entiende que en la situación que viven ella y su pareja no pueden de momento encargarse de la guarda y tutela del menor.

- Al momento del nacimiento María y Juan deciden terminar su relación, sin embargo, ninguno renuncia a su condición de padre, ni a la patria potestad del menor, Doña Pilar se encuentra en esos momentos realizando una función de mediadora con el PANI, que entra a conocer de lleno de la situación.

- Doña Pilar tiene una casita en san José, donde vive humildemente, pero sin ninguna carencia, con los ingresos de su pensión, más lo que aportan sus dos otros hijos, quienes viven con ella, ellos son mayores de edad, María quien vivía con Juan, se traslada a vivir con una amistad cerca de la casa de la madre y Juan vivía sólo, como a un kilómetro de la casa de Doña Pilar, mientras el niño aún se encuentra en la incubadora del hospital, el PANI nombra a la Licenciada Carmen para llevar el caso del menor Daniel.
- Tras la debida valoración que incluyeron entrevistas con los padres y abuela materna del menor y análisis de la situación en específica, el día 15 de noviembre del 2012, el PANI dicta una resolución de guardia y tutela temporal de menor de edad, donde por medio de un acto administrativo otorga la guarda provisional del menor, a Doña Pilar.

- La resolución trae "ciertos" condicionamientos y reglas específicas que establecen que Doña Pilar tendrá la tutela del Daniel por seis meses, pudiendo ser estos prorrogables, por criterios de necesidad, dentro de estos seis meses, cada mes se citará a Doña Pilar con su nieto, para que asistan a citas con la trabajadora social en la instalaciones del PANI y constatar la evolución en el crecimiento sano y óptimo del menor de edad, además María y Juan, deberán someterse a programas que traten sus adicciones, con el fin de poder ostentar luego de seis meses, la guarda de su hijo, María deberá asistir al programa del IAFA y Juan al Centro Centeno Guel, además de comprometerse a no delinquir de ninguna forma posible, para constatar la evolución de los padres, el PANI, los entrevistará también cada mes a cada uno por separado y como última regla de importancia se establece en la resolución de las diez horas del 15 de noviembre, que María y Juan, podrán visitar al menor con la estricta supervisión de Doña Pilar, ya sea en el domicilio de ella, o en las instalaciones del Patronato.

- Dictada la medida, se pone en eficacia de inmediato y el Daniel sale directamente del hospital con su abuela hacia la casa de la misma, María salió a la casa de su amiga, en los dos meses posteriores a la resolución se cumplen los presupuestos que ordenó el acto a medias, puesto que Doña Pilar cumple cabalmente a las citas con la trabajadora social, pero los padres de Daniel siguen muy intermitentes en sus respectivos programas de ayuda y aunque María visita cada tanto a su hijo en la casa de su madre, Juan sólo ha pasado dos veces a ver a su hijo, ya que mantiene una relación poco cordial con Doña Pilar.

- El día 20 de enero del 2013 surge un fuerte enfrentamiento entre la señora Pilar y Juan, puesto que él pretendía llevarse a su hijo, una tarde, a su casa y Doña Pilar le negó esta petición, puesto que Juan andaba en moto, añadido a que olía a licor y presentaba tendencia muy agresivas y amenazantes, por lo que se fraccionó un poco la relación con él y también con María, (ya que ella tomó partida del lado de Juan), los dos comenzaron a proferir amenazas y agresiones verbales a Doña Pilar, a lo que ella presentó una denuncia por amenazas y violencia psicológica contra Juan y María, donde se dictó una orden de alejamiento que concomitó a Juan a no acercarse a Doña Pilar.

- Ante tal situación, Juan acudió a su tío paterno, único familiar cercano, quien está casado con Doña Ana, ellos forman un matrimonio estable y de clase alta, que viven en Escazú y con una situación económica alta, acude a ellos con el fin de que le ayuden reclamando la guarda temporal del menor, por motivos de que su situación es más ventajosa, según Juan, y tienen mayor capacidad económica para encargarse de Daniel, buscando poder ver al menor cuando quiera y sin condicionamiento alguno, a lo anterior Don José y Doña Ana acceden y junto a Juan, realizan la gestión formal ante el PANI, de revocar el anterior pronunciamiento de guarda

temporal y modificarlo, por uno nuevo donde se les brinde a ellos como tíos del padre del menor, la custodia de Daniel.

- En los reportes originados por Doña Carmen al PANI, queda en claro, que Daniel presenta síntomas de un crecimiento óptimo y bajo un ambiente de amor y cariño que le brinda su abuela, lo anterior deducido de las entrevistas que ha realizado a Doña Pilar y a exámenes constantes al menor, hasta ese momento siempre reinó un ambiente cordial entre ella como representante del Patronato y la abuela del menor, sin embargo, el día 03 de febrero tras una reunión que tuvo Doña Carmen con Juan y sus tíos, esta relación cordial cambia, cae en un criterio muy poco motivado al interés superior del menor y menos al apego emocional y afectivo que existe entre Doña Pilar y su nieto y brinda un criterio al PANI, donde recomienda cambiar la guarda del menor de Doña Pilar a Don José y Doña Ana, aduciendo criterios económicos y que de esa manera se dará un ambiente más pacífico para el menor, puesto que no se darán confrontaciones, entre Juan y Doña Pilar, cambiando en ese momento por completo el trato que mantenía con Doña Pilar, volviéndose más agresiva y enjuiciadora.

- El día 15 de febrero del 2013, se da el hecho generador de la problemática, Doña Pilar, quien tenía que llevar a Daniel a su reunión mensual, fue llamada por teléfono en horas de la mañana, por una funcionaria del PANI, comunicándole que no era necesario que se presentara en el Patronato, ya que se le había cancelado su reunión, pareciéndole esto muy extraño a Doña Pilar trató de localizar a la trabajadora social, pero le fue imposible, siendo que, el día 16 de febrero se presentan la licenciada en trabajo social y Doña Rosa, licenciada en derecho, abogada del PANI, al domicilio de Doña Pilar y abruptamente intentan ingresar sustentadas en una orden de allanamiento que dictó el mismo PANI, con el fin de llevarse al menor de edad Daniel, alegando que se había dictado un acto administrativo, que

llevaban consigo, el día 15 de febrero, o sea, un día antes donde se cambiaba la medida provisional de guarda, despojando de la tutela a la abuela del menor y otorgándosela al tío de Juan por razones de mejor calidad de vida y de buscar un ambiente lejos de conflictos para el menor, a lo que Doña Pilar no accede y no deja que le arrebaten a Daniel y se asesora con su abogada, que le aconseja, bajo mucho riesgo, que no entregue al menor y que a la mañana siguiente interpondría una medida cautelar *prima facie*, en el juzgado contencioso-administrativo, buscando suspender provisionalmente el acto administrativo.

- El día 17 de febrero a las diez de la mañana, es presentada en el Juzgado Contencioso Administrativo del II Circuito Judicial de San José, la medida cautelar *prima facie*, en contra del acto administrativo dictado por el PANI, el día 15 de febrero del 2013, con la petición de que se suspenda el acto administrativo temporalmente, además de que se respetara la resolución del 15 de noviembre del 2012 y se cumplieran los 6 meses provisionales de guarda del menor, a favor de su abuela materna, por lo menos mientras se discutía su fondo en la jurisdicción correspondiente, la cual es claramente la de familia. De allí parten las motivaciones centrales de nuestro trabajo investigativo.

Siendo ésta, la situación fáctica que se nos presenta podemos desgreñar los aspectos que permean la actuación de la Administración en la figura del PANI y así determinar la vía competente para conocer sobre todos los aspectos que rodean el acto, llámese el interés dei menor, la validez del acto, la existencia o no de la responsabilidad de la Administración y sus consecuencias, comenzando con los vicios que arrastra el acto.

Se pudo determinar según los artículos estudiados que el acto administrativo presenta varias transgresiones de forma y también de fondo, sin embargo para efectos del estudio debemos señalar que el motivo y fin del acto no cumplen con los requisitos esenciales mínimos para su validez, ya que el acto debe venir

fundamentado en un claro privilegio al interés superior del menor, cosa que no ocurre en el supuesto planteado.

Es necesario mencionar las leyes claras y específicas acerca de las notificaciones de los actos, las cuales deben cumplirse a cabalidad con el fin de privilegiar el contradictorio y la defensa, luego de la debida notificación, se debe dar un período de respuesta que en el caso específico, que se estudia en la presente investigación, no se da ni la notificación del acto, ni el lapso de audiencia para la contestación sobre los alcances del acto.

Al no cumplir con las anteriores formalidades el acto viene viciado desde su nacimiento, por lo que afecta su validez, así como su eficacia, por lo que a continuación se enumeran ciertos fundamentos de derecho que se pueden plantear en contra de actos que presentes estas características.

En la medida cautelar y en la revocatoria que se planteó posteriormente al pronunciamiento del juez contencioso, se interpusieron ciertos fundamentos de derecho (encontrados más adelante), donde se combinaron aspectos de la validez formal del acto, así como criterios de protección de menores. Para demostrar que la motivación y el fin del acto se encontraban viciados, algunas de las consideraciones que se expusieron en la medida cautelar fueron:

- A la luz de las reglas de notificación previstas LGAP y en la Ley de Notificaciones, se encuentra el acto administrativo mal notificado a la parte, lo que deriva en un vicio de forma del acto, que nunca fue notificado.
- Al presentarse el manifiesto éste se basó en el artículo 101 del Código de Familia que establece.

"Todo menor de edad, tiene el derecho de crecer, ser educado y atendido en el amparo de su familia bajo la responsabilidad de ella".[44]

[44] Costa Rica (2013). Código de Familia de Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A.

Esto concordado al artículo 177 del Código de Familia que habla de la tutela donde dispone la jerarquía en que se encargan los familiares[45]

En los siguientes artículos se basa la medida cautelar, para sustentar el rango consanguíneo que le correspondía a la abuela materna con Daniel y la relación de pertenencia y cariño que le une con el menor, que cimientan el hecho de que se continúe con la situación de guardia del mismo.

- Artículo 23 del Código Procesal Contencioso Administrativo para fundamentar esta medida cautelar prima facie a petición de parte.
- Acerca de la naturaleza de la fuente originaria del acto administrativo el fundamento fueron los artículos primero y segundo de la Ley Orgánica de Patronato Nacional de la Infancia, así como los artículos 1, 2,3, 4 y 5 de la Ley General de la Administración Pública.
- Sobre la naturaleza del acto administrativo externo y sus alcances, los artículos 120, siguientes y concordantes de la Ley General de la Administración Pública.
- Sobre la labor del juez en cualquier caso donde se encuentre un menor de edad el artículo 115 del Código de Niñez y Adolescencia establece:

"Serán deberes de los jueces que conozcan de asuntos en los que esté involucrada una persona menor de edad:

a) Iniciar de oficio los asuntos que le correspondan.

---

[45] *"A falta de tutor testamentario ejercerán la tutela:*

1- Los abuelos

2- Los hermanos consanguíneos; y

3- Los tíos

Cuando hubiere varios parientes de igual grado debe el Tribunal nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento, y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.

En la tutela del hijo habido fuera del matrimonio serán llamados, en el orden expresado, los parientes de la línea materna".

b) Integrar la litisconsorcio.

c) Impulsar el proceso hasta la sentencia definitiva.

d) Conducir el proceso en busca de la verdad real.

e) Reponer trámites o corregir, de oficio, las actuaciones que puedan violentar el derecho de igualdad o defensa de las partes.

f) Resolver las pretensiones de las partes y lo que por disposición de este Código deba hacer.

g) Evitar cualquier dilación del procedimiento.

h) Valorar las pruebas por medio de la sana crítica.

i) Usar el poder cautelar.

j) Sancionar el fraude procesal."[46]

- Sobre la competencia en actos de la Administración Pública ésta se fundamentó en los artículos segundo, concordantes y siguientes del Código Contencioso Administrativo, así también como el artículo 36 que establece:

  "La pretensión administrativa será admisible respecto de lo siguiente:

  c- Los actos administrativos ya sean finales, definitivos o de trámite con efecto propio"[47]

- Sobre la legitimación como partes en un proceso especial de medidas de protección ante la jurisdicción de familia, artículos 141 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia.

---

[46] Costa Rica (2013). Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A.

[47] Costa Rica (2013). Código Procesal Procesal Contencioso Administrativo. Investigaciones Jurídicas S.A.

Así se puede ver como la medida fue fundamentada desde el plano administrativo, buscando poner de manifiesto los vicios de forma del acto administrativo, así como también, se toca en la superficie, algunos puntos de familia y del código de la niñez y la adolescencia, no con el fin de entrar a conocer sobre aspectos de fondo del derecho de familia, sino más bien con el fin de poner entredicho la legal motivación y finalidad del acto administrativo a suspender y la actuación irregular de los funcionarios del PANI desde que revocan la tutela cautelar, hasta dictar la orden de allanamiento, pero no se puede abstraer la medida del derecho de familia por lo que daría la impresión que el juez dotado con más armas de análisis sería un juez de familia y no uno contencioso administrativo.

Sin embargo se omite en las consideraciones de la medida cautelar que no es una razón de peso la tutela de un derecho para pasar por alto los esquemas de especialidad contemplados desde la constitución hasta la ley orgánica del poder judicial y un principio tan especial que se debe tutelar como es el de ISM tiene ya la vía judicial competente en que debe ser planteado, de allí que el juez del Tribunal Contencioso Administrativo, ante el planteamiento de la medida cautelar, el día siguiente, de haberse recibido la medida, plantea una duda, convertida en consulta, donde confiere audiencia por tres días a la parte concomitante de la medida y a la Representante legal del PANI, para que manifiesten fundamentos acerca de la competencia o la incompetencia de él para conocer de la medida por razón de la materia, a lo que las parte accionante plantea los fundamentos antes esbozados y la oficina legal del PANI simplemente se basa en que la materia de fondo del acto es de familia y que el juez por lo tanto no puede resolver por resultarse incompetente, a lo que el juez unos días después resuelve de la siguiente forma:

En el Resultando el Tribunal manifiesta que

1.- En fecha 17 de febrero del 2013, la accionante Pilar, acude ante el Tribunal a solicitar medida cautelar anticipada, con el fin de:

".....que se continúe con la medida de protección decretada en primera instancia, en beneficio del menor, conservando el estado de guardia de mi persona, hacia el mismo por el tiempo establecido, o bien hasta que haya una decisión definitiva de la presente, ya que el PANI con una resolución (acto administrativo) totalmente errado, y sin fundamento, e incluso sin revocar la resolución que me otorgó el cuido pretendía llevárselo, siendo incongruente dicho acto con la situación familiar, legal y sobre todo para el interés superior del menor....."[48].

2.- Mediante auto de las nueve horas del dieciocho de febrero del dos mil trece, el Despacho confiere audiencia a ambas partes, para que se refieran sobre una posible incompetencia apreciada de oficio, al tenor de lo normado en el artículo 5.2 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

3.- Dentro del término conferido al efecto, las partes manifestaron sus argumentos, solicitándola accionante continuar en esta jurisdicción, en tanto que la personera legal del Patronato Nacional de la Infancia, se pronunció a favor de la incompetencia material de este Tribunal.

En su Considerando se manifiesta que

I.- SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. El tribunal se basa en el análisis de la competencia en el artículo primero del Código Procesal Contencioso Administrativo, al señalar que el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, viene a ser la de tutelar las situaciones jurídicas del administrado, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo,

[48] RESOLUCIÓN N° 396-2013 del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ.- al ser las once horas y cinco minutos del día veinticinco de febrero del dos mil trece.

así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa. Además resalta el hecho que más adelante en el código se sigue hablando de una jurisdicción que se centra en los casos propios del derecho administrativo en su fondo.

En cuanto a las medidas cautelares redacta la resolución sobre que deben guardar la debida relación e instrumentalidad con el proceso principal que eventualmente llegare a instarse, el cual debe asentarse y tener como fundamento, pretensiones donde el derecho de fondo a aplicar sea el Derecho Administrativo, en el tanto su objetivo es, como lo estatuye el ordinal 19 ibídem "...proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia."

Por último se realiza una analogía con el caso de empleo público adonde convergen dos materias como lo son el derecho de trabajo y el administrativo, donde la vía para resolver sus conflictos es la contenciosa, pues según la normativa y jurisprudencia se trata de una actuación de la administración para regular su propio funcionamiento y organización con el objetivo de cumplir la finalidad administrativa que posee, lo que acorde con la resolución dista de juzgar actos donde se viertan conceptos propios de otra disciplina jurídica.

II.- SOBRE EL CASO CONCRETO. La resolución indica que en el caso a analizar aunque de primera entrada se creería que se encuentran en presencia de una medida a conocer por el Tribunal, puesto que es dictado por el PANI, una institución pública, no lo es y debe solamente ser conocida por la jurisdicción de familia.

Concretamente, la señora Pilar se encuentra disconforme con una resolución dictada por el Patronato Nacional de la Infancia, mediante la cual, se sustituyó una medida de protección a favor de una persona menor de edad, que dice, es su

nieto, concediéndole el cuido provisional del menor a otros familiares, pues se logró determinar en vía administrativa que

> "los conflictos constantes podrían estar afectando el interés superior de Daniel como persona menor de edad, en tanto no se le estaba permitiendo desarrollar un vínculo afectivo con sus progenitores y por estar expuesto a las peleas constantes entre las partes".

El tribunal manifiesta que esto quiere decir, que si bien es cierto, la gestionante de esta medida cautelar impugna una resolución administrativa, para poder resolver su petición, el derecho de fondo a aplicar no resulta ser el Administrativo, sino por el contrario, se requiere del conocimiento adecuado del Derecho de Familia y de los institutos jurídicos que protegen a la niñez y la adolescencia, a fin de determinar si lo actuado y resuelto está apegado a derecho o viciado de nulidad, por lo que, existiendo una jurisdicción especializada en la materia, donde existe la posibilidad también de interponer medidas cautelares, mal haría este Tribunal en conocer un caso que requiere de un ámbito competencial exclusivo. [49]

Y en su Por Tanto se señala que:

El Tribunal declaró la incompetencia material de este Tribunal y se ordena remitir los autos al Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, para que continúe con el trámite de rigor."[50]

---

[49] RESOLUCIÓN N° 396-2013 del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ.- al ser las once horas y cinco minutos del día veinticinco de febrero del dos mil trece.

[50] RESOLUCIÓN N° 396-2013 del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ.- al ser las once horas y cinco minutos del día veinticinco de febrero del dos mil trece.

Claramente podemos resaltar algunos aspectos sobresalientes en la anterior resolución, entre ellas decir que el juez de turno, si acepta que en el caso existen aspectos entrelazados del derecho de familia y el administrativo, puesto que señala, que aunque el fondo es de familia (razón única en la que se motiva su declaración de incompetencia), el hecho generador proviene de una fuente primaria de derecho administrativo como lo es el acto resuelto por una institución descentralizada del gobierno que resulta ser el PANI, por ende un sujeto de derecho público y pese a este reconocimiento de manera simplificada, el juez opta por invocar la incompetencia para resolver por razones de materia, aduciendo que la misma es perteneciente sustantivamente al derecho de familia.

Para lograr una concepción más clara es fundamental mencionar la dualidad entre el derecho público y privado y su aplicación, la anterior afirmación consiste en que necesariamente, debe ponderarse si frente a ese interés o derecho privado cuya tutela cautelar se pretende, existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la petición esbozada, pues de ser así, sería difícil, cuando no imposible, acoger la medida requerida. Se impone aclarar aquí, que no se trata de cualquier interés público, sino solamente de aquel que posea el mismo rango del derecho fundamental a la tutela cautelar, y por ende, que sea capaz de relegarlo por intereses superiores. En todo caso, ese interés general, no debe prevalecer en todos y cada uno de los supuestos, como tampoco, excluirse en todos

Y cada uno de ellos, y para el evento de que exista, deberá estar claramente expresado en el motivo o contenido de la conducta, o en su caso, comprobado en el procedimiento cautelar.

La doctrina ha llamado esta disyuntiva como "bilateridad del periculum in mora" o "perjuicio bilateral alternativo"[51] "aspecto que le impone al órgano jurisdiccional aplicar el principio de proporcionalidad -razonabilidad técnica- ponderando los

[51] Perrachione, Mario C, Doctrina del día: elementos esenciales de las medidas cautelares y su adaptación a las nuevas figuras. San José, Costa Rica, Artículo Publicado el 1 julio, 2013 por Thomas Reuters.

diversos intereses involucrados al acordar la suspensión de la ejecución del acto impugnado. De consiguiente el órgano judicial debe valorar comparativamente el interés del sujeto activo de la suspensión -solicitante- con el interés público y el de terceros.[52] Por su parte Ortiz Ortiz (2008), indica que

> ".....cuando hay conflicto entre interés público y Privado dondequiera que se dé en el campo del Derecho- prevalece el primero, aunque haya grados y matices de tal prevalencia en beneficio y protección del último. Igualmente ocurre con las medidas cautelares cuando hay un interés público de por medio; si éste coincide en su dirección con el privado del petente, ello facilitará notablemente el acogimiento de la petición; pero, sobre todo, si se le opone, porque tal acogimiento lesionaría seriamente el interés público, será difícil, cuando no imposible, que se dé. Aquí también resulta necesario que el daño sea grave, por ser importante el interés público lesionado.....".[53]

Se debe tener claro, que el análisis de la "bilateridad del periculum in mora," se hace con el propósito de que la medida cautelar solicitada no contravenga las exigencias del interés público, pero no puede implicar una potenciación del mismo, "ningún interés público puede llegar al extremo de sacrificar la tutela judicial efectiva que comprende la cautelar. Bajo esta inteligencia, el origen de un perjuicio a los intereses de la Administración Pública o de un tercero, únicamente puede enervarle al administrado la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución cuando aquél sea cuantitativa y cualitativamente superior al daño que puede sufrir el último con la ejecución del acto."[54]

---

[52] IBIDEM

[53] Eduardo Ortiz Ortiz (2000) Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. San José, Costa Rica, Editorial Stradtmann S.A. Pág 297.

[54] Perrachione, Mario C. (2013), Doctrina del día: elementos esenciales de las medidas cautelares y su adaptación a las nuevas figuras. San José, Costa Rica, publicado por Thomas Reuters.

Aquí saltan ciertas dudas aparentes y que son motivo de la presente investigación, como señalar primero, que si la medida cautelar busca suspender un acto administrativo temporalmente por razones más formales, qué materiales, más estructurales, qué sustanciales, más de forma que de fondo, ¿es imperativo analizar el fondo del acto, para determinar si existe un vicio grosero de forma que pueda violentar de manera abrupta los derechos de un administrado?, y si así fuera, ¿el juez contencioso administrativo puede utilizar supletoriamente el código de familia para brindar una resolución de fondo? o ¿sería mejor dilucidar todo el caso desde la interposición de la medida cautelar prima facie en la justicia de familia y que sea el juez de familia quien utilice supletoriamente el CPCA para declarar la suspensión temporal o más adelante la invalidez del acto administrativo.

Tal parece que definitivamente el juez contencioso se encontraba imposibilitado para darle curso a la medida cautelar al intuir que más adelante el proceso principal en el que se van a discutir las pretensiones planteadas en la medida se dilucidará bajo la jurisdicción de familia por poseer consideraciones de fondo muy arraigadas al derecho de familia y que para preservar los derechos del menor de una mejor manera será la vía idónea y al perder relevancia en este supuesto darle curso a la herramienta accesoria decidió su incompetencia, sin embargo es importante determinar y mencionar los problemas planteados párrafos atrás acerca de si la tutela cautelar contra los actos del PANI se plantea en vía de familia, qué vacíos se presentan al no existir un código procesal de familia tan detallado como el código procesal contencioso administrativo y segundo qué aspectos no se pueden desligar de la justicia contenciosa administrativa, para ello se expondrán acepciones acerca de la tutela cautelar y su funcionalidad en el control de la legalidad.

CAPÍTULO III

¿Puede el Juez de Familia utilizar las Herramientas del CPCA para conocer de Medidas Cautelares contra Actos del PANI en Materia de Custodia de Menores?

A) Medidas Cautelares Prima Facie.

Luego de resolver en gran medida la problemática de la investigación en la medida que se determine a la jurisdicción de familia como la competente para ejercer la legalidad sobre actuaciones del PANI, siendo la justicia idónea para resolver casos donde se encuentren involucrados derechos y situaciones de personas menores de edad, es imprescindible mencionar los problemas secundarios que se han planteado a raíz de esta realidad.

Como fue mencionado la investigación se basa distintas acepciones que existen acerca del control de la legalidad de las instituciones públicas sin lugar a duda una herramienta muy útil contemplada en el CPCA ante los actos administrativos son las medidas cautelares que aunque presentan un carácter especial como se verá a continuación son instrumentos también que ayudan a preservar derechos y situaciones de hecho temporalmente en un proceso para que el proceso principal pueda luego definir con toda la tranquilidad las consideraciones de fondo.

Son muy importantes en el derecho contencioso administrativo puesto que ante la relación de poder Estado-administrado cuando se dicta algún acto buscan generalmente la suspensión de los efectos del acto puesto que éste puede traer tales consecuencias que luego en el juicio principal no haya derecho que tutelar

por lo que se convierten en un instrumento del control de la legalidad de suma relevancia.

De allí que las decisiones del PANI no escapan de cambiar esferas jurídicas positivamente o causar daños irreparables con el dictado de una resolución y por lo tanto en la jurisdicción de familia debe existir una contención igual o hasta más fuerte por el principio a tutelar que el que exista en la jurisdicción contenciosa administrativa, pero en la realidad esto no sucede así y por lo general se le da mucha libertad de acción al PANI, por lo que es preciso en aras de proponer un idóneo control de la legalidad de los actos del PANI, exponer los vacíos en la tutela cautelar que podemos encontrar per antes se dará un repaso sobre generalidades sobre las medidas cautelares PRIMA FACIE como la explicada en el caso desarrollado en la presente investigación.

1. ¿Qué son y cómo se aplican?

En el derecho costarricense se procura defender los derechos fundamentales de la persona, al tenor de un Estado fundamental de derecho cuando busca proteger la esfera jurídica de los administrados, a través de evitar un daño proveniente de una actuación administrativa o de una resolución judicial errada, de allí que Ernesto Jinesta (2008) nos dice que

> "....La tutela cautelar tiene como función primordial garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En efecto su único objetivo es evitar que en el lapso requerido para tramitar un proceso, se le cause a una de las partes una lesión grave y de difícil reparación. No siendo su propósito prejuzgar sobre el fondo del asunto principal debatido...."[55]

[55] Ernesto Jinesta Lobo, Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, (consultado 23 de abril), http://www.monografias.com/trabajos91/medidas-cautelares-jurisdiccion-contencioso-administrativa-costa-rica

Por otra parte se considera a la tutela cautelar, un derecho fundamental atípico derivado del artículo 41 de la Constitución Política, que se refiere al derecho a una justicia pronta y cumplida y Ernesto Jinesta (2008) señala que:

> "El derecho a la tutela cautelar, en cuanto incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una justicia pronta y cumplida, comprende el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito –función esencial de la tutela cautelar-, si se cumplen los presupuestos de ésta (apariencia de buen derecho -fumus boni iuris- y el peligro en la mora -periculum in mora-)"[56]

Las características de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento son

> ".....la instrumentalidad que se refiere a que se encuentran subordinadas al proceso principal, la provisionalidad donde las medidas se agotan con el dictado de la sentencia de mérito. Es con esta característica que puede ocurrir la posibilidad de ser modificada o revocada, la urgencia que nos dice que la medida tiende a evitar el peligro por la mora en el dictado de la sentencia de fondo, lo que justifica la adopción de ellas, sean *ante causam, prima facie o inaudita altera parte*. (Sin dar audiencia a la otra parte) y la *Sumario Cognitio* donde la tutela cautelar se adopta en virtud de una cognición sumaria superficial, sin entrar a analizar o prejuzgar el mérito del asunto....."[57]

---

[56] Ernesto Jinesta Lobo, Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, (consultado 25 de abril), http://www.monografias.com/trabajos91/medidas-cautelares-jurisdiccion-contencioso-administrativa-costa-rica/.

[57] Kattia Milena Murillo Murillo. (2007). Nuevas Tendencias De Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Analisis de la Jurisprudencia Judicial en los últimos diez años. Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Pág 15.

Correlativamente, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria si concurren los presupuestos para su adopción. Del núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, se pueden extraer dos consecuencias claves que serían el otorgamiento de una medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, y que el legislador ordinario no puede negar, limitar, restringir o condicionar tal derecho.

Los límites extrínsecos de este derecho fundamental están constituidos por los principios de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), para evitar un privilegio injustificado o una distinción objetivamente infundada y el de proporcionalidad, en sus diversas especificaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como, por el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio (artículo 39 ibídem). Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que, el juzgador está llamado a protegerlos y repararlos.

En el Sistema Cautelar Contencioso Administrativo a diferencia de la LRJCA, el CPCA en materia de medida cautelar, no se limita a regular solo la suspensión del acto administrativo, si no toda la conducta administrativa, la medida cautelar se puede definir como

> "Que son las dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho."[58]

---

[58] Costa Rica (2013). Código Procesal Procesal Contencioso Administrativo. Investigaciones Jurídicas S.A.

En el contenido de la medida cautelar se debe tomar en cuenta la adecuación y necesidad, de manera que la medida debe ser idónea o adecuada en cuanto a los fines que procura alcanzar. La necesidad de la medida, se refiere a que su intervención debe ser mínima, por lo que de ser posible deben emplearse otros medios alternativos menos gravosos. Sobre la atipicidad del contenido el artículo 20 del CPCA, dispone que las medidas son una cláusula abierta, o flexible, mediante la que se dota al órgano jurisdiccional de facultades que le permiten garantizar una justicia pronta y cumplida.

De allí que pretende la medida cautelar hacer efectiva las decisiones finales o sentencias que normalmente son muy lentas, lo que constituye la principal causa de su utilidad, ya que permite la conservación de las situaciones, o de los objetos que se están discutiendo y generalmente es necesaria esta conservación para lograr el cumplimiento efectivo de las sentencias.

Ahora bien, se puede definir una medida cautelar PRIMA FACIE como aquella medida donde el juez en vista de los presupuestos de urgencia y riesgo dicta sin dar audiencia a la parte accionada con el fin de preservar un derecho o un interés, como ejemplos en nuestro ordenamiento se pueden ver la suspensión de un acto, el dictado de una prisión preventiva, o la anotación de una demanda.

Siendo así según las consideraciones anteriores y uniendo las definiciones tenemos a la medida cautelar, como una medida temporal que se puede solicitar judicialmente con el fin de lograr ya sea la imposición de una medida de carácter urgente o la suspensión de ciertos efectos jurídicos de actuaciones o resoluciones anteriores administrativamente hablando[59], todo esto con el fin de salvaguardar derechos y no causar daños irreparables en la esfera jurídica de un sujeto determinado o de una colectividad y "*prima facie*", o sea, sin dar audiencia a la administración, y en consecuencia, cuando se admite y se aprueba su contenido

[59] Ernesto Jinesta Lobo. (1998). Manual del Proceso Contencioso administrativo. San José, Costa Rica: Editorial jurídica continental. Pág. 85.

debe darse la suspensión temporal del acto (por ejemplo), si es solicitada , porque como la medida cautelar es una parte procesal accesoria e instrumental, tiene que haber siempre un proceso principal que la respalde, y que se tiene por ley un mes como máximo para interponerse y dilucidar los aspectos de fondo.

La suspensión temporal del acto administrativo es una facultad discrecional que la ley le otorga al Juez, al presentarse la medida cautelar de suspensión "prima facie" del acto administrativo, y el Juzgador analizará si las circunstancias revisten el carácter de especialísimas que se exige legalmente y determinará si lo resuelve afirmativamente.

2. Momento Procesal para ser invocadas las medidas cautelares.

Por la finalidad de la tutela cautelar expuesta anteriormente de salvaguarda de derechos y evitar daños irreparables la oportunidad procesal para solicitarlas no requiere un límite temporal, puesto que, pueden ser solicitadas antes del proceso o, incluso en el proceso de ejecución de sentencia, para su trámite se inicia cuando el juez tramitador analiza los prepuestos mínimos, si falta alguno debe prevenir su subsanación, así bien, de estar todo correcto confiere audiencia de 3 días a la otra parte, y de ser necesarios señalara para una audiencia oral dentro del plazo de otros 3 días, en el mismo auto q la acoge, señala la audiencia. Donde se puede aportar cualquier tipo de prueba, antes o al momento de la audiencia. Ahora bien en el caso de las medidas *inaudita altera parte,* no se concede esta audiencia a la parte y el juez puede dictarla sin ella.

El artículo 24 del CPCA, prevé, en circunstancias normales cuando no media urgencia, realizar una audiencia escrita por tres días y una oral posterior si el órgano jurisdiccional estima procedente evacuar prueba, el artículo 23, del párrafo 2º, idibem, incluso tratándose de las cautelares inaudita altera parte, prevé una audiencia ex post a su adopción que no tiene efecto suspensivo alguno de la decretada, el artículo 27 del CPCA, dispone que "el auto que ordena una medida

cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución"[60] y cabe resaltar que contra el auto que resuelve la medida cautelas cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para el Tribunal de Casación, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles, de modo que no tiene eficacia suspensiva.

Lo que significa que el órgano judicial o el órgano administrativo, según corresponda, es el que suspende los efectos desde el inicio, o sea, le da curso al proceso, y en la misma resolución, o en resolución aparte, ordena la suspensión, siempre que se cumplan con los requisitos procesales, legales y pretorianos, de *fumus bonis iuris*, de urgencia administrativa, *periculum in mora*, de la no afectación de derechos a terceros, o al mismo interés público. En este último es posible exigir por el juez, una caución para eventualmente proteger los derechos afectados o el mismo interés público, con el acto o la disposición suspendida.

3. Medidas Cautelares Típicas y atípicas.

Dentro del sistema costarricense podemos reconocer dos tipos de medidas que se encuentran consagradas en las distintas leyes de la República, las dos categorías presentan características fundamentales basadas en las premisas que deben sustentar la tutela cautelar. Las medidas típicas son las que previamente el legislador ha regulado expresamente de manera limitada y cerrada, les da un nombre especifico y particular, su contenido, presupuestos (que se deben revisar para la procedencia de la medida cautelar) y efectos son específicos y definidos por el ordenamiento jurídico.

---

[60] Ernesto Jinesta Lobo, Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, (consultada el 02 de junio). http://www.monografias.com/trabajos91/medidas-cautelares-jurisdiccion-contencioso-administrativa-costa-rica/.

El papel del juez se limita a valorar si existen o concurren los presupuestos previstos por la ley para la concesión de la misma, y en caso positivo, conceder la medida de contenido determinado. En efecto, la tipificación de la situación cautelada, del periculum in mora, contenido y estructura de la medida cautelar, priva, prácticamente, al juez de cualquier poder discrecional.

Las medidas atípicas, son las que no están previamente definidas por el legislador, su contenido se define por el criterio de idoneidad o necesidad de la medida cautelar, con el fin de proteger y garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia del proceso principal. En dichas medidas el poder general de cautela del juez es más amplio no está restringido a un determinado grupo de medidas posibles con un nombre en particular, el operador de derecho puede decretar las medidas necesarias para cada caso en específico.[61]

Tanto las medidas típicas como atípicas, pueden tener efectos conservativos y anticipativos o innovativos.

Son conservativas aquellas que impiden que la situación de hecho o de derecho sobre la cual recaerá la sentencia principal, se modifique durante la pendencia o mora del proceso dirigido a obtener el pronunciamiento de anulación del acto y a asegurar que éste intervenga.

Las anticipativas o innovativas se pueden conceptualizar como aquellas que se orientan a satisfacer anticipadamente, total o parcialmente, y con carácter provisional la situación jurídica cautelada, dirigidas a evitar que el desarrollo de una situación de hecho no frustre en concreto la solución jurídica de un conflicto

---

[61] Kattia Milena Murillo Murillo. (2007). Nuevas Tendencias De Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Analisis de la Jurisprudencia Judicial en los últimos diez años. Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Pág 12-13

de intereses, esto es, a anticipar, total o parcialmente, 'el contenido de la futura decisión de mérito, dictando, sobre la base de una cognición sumaria, una disciplina provisoria de la controversia jurídica.

El sistema de medidas cautelares típicas, está cimentado solamente en medidas cautelares típicas, solo se permite la aplicación de las medidas taxativas, que han sido previamente reguladas por el legislador de manera limitada y cerrada, con un nombre, contenido, presupuestos y efectos específicos y particulares definidos por el ordenamiento jurídico. Este tipo de sistema proporciona la ventaja de garantizar la neutralidad del juez y la seguridad jurídica, en detrimento, claro está, de su discrecionalidad y de la justicia material.

En el mismo, hay una norma numerus apertus, cláusula general y abierta, la cual no tiene legalmente establecido su contenido, lo cual permite al juez tutelar gran cantidad de situaciones, debido a que posee un amplio poder discrecional, puede otorgar cualquier medida que considere adecuada y necesaria (impera el criterio de idoneidad) para evitar un daño irreparable, que haga imposible la efectividad del fallo definitivo, según lo exijan las particularidades de cada caso.[62]

Por último, este sistema tiene como ventaja que subsana la dificultad o imposibilidad material del legislador para contemplar una relación completa de cautelas y la imposibilidad de que éstas puedan adaptarse a todos los supuestos de hecho. Sin embargo, presenta ciertos problemas como la inseguridad, la pérdida de imparcialidad del juzgador, y, fundamentalmente, la ampliación de los poderes discrecionales del juez, sobre todo, en el momento de establecer si el perjuicio es irreparable o no. En síntesis, el riesgo de este sistema, consiste en la dependencia de una valoración discrecional del juez, la admisibilidad del medio de tutela.

---

[62] Kattia Milena Murillo Murillo. (2007). Nuevas Tendencias De Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Analisis de la Jurisprudencia Judicial en los últimos diez años. Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Pág 14.

A manera de ligar todas estos aspectos doctrinarios a nuestra investigación, se puede afirmar que la tutela cautelar opera en todas aquellas ramas del derecho donde se apliquen los distintos recursos administrativos y jurisdiccionales, mientras se cumplan aquellos presupuestos estudiados, tendientes a evitar lesiones irreparables en los derechos de las personas, de allí que hay temas o materias q por su naturaleza tienden a ser aún más propicias para su puesta en práctica.

Por ejemplo, es innegable que el ámbito penal donde jurídicamente se tutelan derechos tan sensibles, como la protección a la vida humana, y de jerarquías superiores, las medidas cautelares suelen ser fundamentales y de uso frecuente, también en el ámbito de familia, éstas vienen a ser de vital importancia, aunque no hay tantas menciones específicas en la legislación nacional, salvo excepciones como la ley de violencia doméstica que contempla ciertas medidas que protegen a la víctima, es preciso determinar qué remisiones nos presenta la doctrina y la ley a las medidas cautelares en el derecho de familia.

Es de fácil observación que el escenario en donde se encuentren en juego derechos y situaciones de menores, la tutela cautelar resulta imprescindible, en aras del interés superior del menor que se puede definir como

> "el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños. Se trata de una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones

referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro".[63]

Siendo que cuando este principio no se respeta, se cae en una ilegalidad de carácter mayúsculo y no sólo los particulares pueden cometer abusos contra los menores de edad, sino también la administración, en este caso representada por el PANI, lo que lleva a establecer un cuestionamiento, de qué medidas cautelares establece la justicia de familia para contener actos dictados por el PANI que resulten lesivos al menor y si, ¿puede esta jurisdicción suspender, anular o declarar la invalidez de actos que dicte el PANI en procesos administrativos de índole de familia?.

Ahora bien, para pasar al tema más central de análisis, a la luz de la investigación de cada una de las materias y rangos donde las medidas cautelares en general y las *prima facie,* pueden ser utilizadas, la investigación cuestiona, si las medidas cautelares cumplen los presupuestos y buscan de manera provisional, accesoria y urgente evitar en su superficie, un cambio de esfera jurídica que puede contraer perjuicios y si éstas operan en todas las materias del derecho. Así, facultado por nuestra constitución política, en las instancias judiciales y administrativas sabemos que nos ayudan a proteger derechos fundamentales con rango jerárquicos superiores y con situaciones tan humanas como las tuteladas por el derecho de familia.

El derecho de familia como se manifestó posee medidas cautelares propias y específicas en la legislación nacional, como la orden de alejamiento en caso de violencia doméstica, la fijación provisional de una pensión o la tutela provisional de

---

[63]INTERÉS SUPERIOR EL MENOR Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES(Consultada el 18 de marzo del 2014, http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Principios%20Constitucionales/INTER%C3%89S%20SUPERIOR%20DEL%20MENOR.htm

un menor de edad. Las que no se encuentran reguladas directamente por el derecho de familia, encuentran asidero en el derecho civil, como la las que faculta el artículo 242 del Código Procesal Civil[64] cuando exista un riesgo de que se pierda el derecho que se tutela, dentro de éstas podemos mencionar algunas, el arraigo, prueba anticipada, embargo preventivo y anotación de demanda y esta remisión al derecho civil se da porque no existe aún un Código Procesal de Familia que regule específicamente la tutela cautelar en todas las situaciones de hecho que concierne al derecho de familia.

De allí que, en este derecho se utilicen mucho las medidas cautelares atípicas o innominadas, que como se explicó en el apartado anterior son medidas que les falta una predeterminación legislativa en su contenido por lo que el juez tiene toda la potestad para determinar su naturaleza y oportunidad por no estar reguladas expresamente. El error sería pensar que existe un poder general de cautela, de manera ilimitada y soberana en el uso de estas medidas ya que aunque el juez tiene un poder discrecional debe estar encasillado dentro del marco de la teoría de la tutela cautelar y sus presupuestos de utilización y la medida cautelar que se adopte debe estar en estrecha relación con el derecho que se busca tutelar en el proceso principal.

Las ventajas de este sistema radica en la dificultad material del legislador a regular todos los supuestos de tutela cautelar y su relación con todas las situaciones de hecho, sin embargo, posee desventajas muy marcadas que no deben ser obviadas como la inseguridad jurídica, la pérdida de imparcialidad del juzgador y como punto principal un aumento considerable en el poder discrecional del juez sobre todo en los momentos donde determina si el perjuicio es irreparable o no.

Así que, se puede determinar que existen medidas cautelares en el derecho de familia que tutelan los derecho de los menores en relación con cualquier particular, ya sea familiar o no, pero no existe una legislación clara, propia de la justicia de

[64] Ver artículo 242 Código Procesal Civil.

familia que regule la relación entre la administración y las personas menores de edad, que debe tener un apartado diferente al de todos los administrados, por las características de esta población.

Siendo así, por qué no traspasar un poco la zona gris que separan materias muy ligadas entre sí como el derecho administrativo y el de familia en el PANI o el mismo administrativo y laboral cuando hablamos de empleo público, para que un juez esté facultado supletoriamente a utilizar elementos propios de otro derecho, sin traspasar el principio de especialidad, y en un caso en específico el juez de familia utilizar herramientas del Derecho Administrativo para dictar medidas cautelares acorde a la realidad y hasta dependiendo de la urgencia suspender temporalmente actos sin dar ninguna audiencia al PANI como lo contempla en CPCA.

B) Análisis normativo de las Medidas Cautelares y su prohibición o posibilidad de utilizarse conectivamente entre el Derecho Contencioso Administrativo y el de Familia.

A continuación señalaremos las consideraciones normativas que encontramos sobre la funcionalidad de la tutela cautelar en el CPCA, de manera que sea utilizado por la justicia de familia a la hora de conocer sobre actuaciones administrativas del Patronato Nacional de la Infancia.

1. Ámbito de Aplicación contemplado en el Código Contencioso Administrativo.

La tutela cautelar, dice Don Ernesto Jinesta Lobo (2013) sobre el nuevo código contencioso que:

> ".....El Código Procesal Contencioso Administrativo introdujo un cambio paradigmático total y completo en la justicia contencioso administrativa. Su principal objetivo es ceñirla plenamente a lo dispuesto en

el numeral 49 de la Constitución Política: (Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público).... La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La Ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados."[65]

En relación con el citado ordinal, aparece el numeral 41 de la Carta Magna, que es, el derecho de los justiciables a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedita. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito".[66]

También cabe resaltar que en el Sistema Cautelar Contencioso Administrativo, a diferencia de la LRJCA, el CPCA en materia de medida cautelar, no se limita a regular solo la suspensión del acto administrativo, sino, toda la conducta administrativa. En su contenido se debe tomar en cuenta la adecuación y necesidad. . De manera que la medida debe ser idónea o adecuada en cuanto a los fines que procura alcanzar. La necesidad, se entiende que su intervención debe ser mínima, por lo que de ser posible deben emplearse otros medios alternativos menos gravosos. La Atipicidad del contenido del artículo 20, párrafo 1°, del CPCA, dispone que las medidas son una cláusula

[65] Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 158.

[66] Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 158.

abierta, o flexible, mediante la que se dota al órgano jurisdiccional de facultades que le permiten garantizar una justicia pronta y cumplida.

El juez tiene amplias facultades, e incluso puede adoptar otra medida distinta a la solicitada por la parte. Estableciendo el Art. 22, que dichas medidas se limitan a las posibilidades financieras y presupuestarias de la Administración, por lo que de primera entrada, la tutela cautelar en esta justicia presenta grados considerables de flexibilidad y de empoderamiento del juez, con justa razón, puesto que nos encontramos ubicados en la rama del derecho donde más diferencia jerárquica existe entre las partes, Estado y administrado, donde se debe procurar un emparejamiento en la tutela de derechos, por lo que resulta lógico que la normativa contenciosa apruebe la utilización de variadas técnicas protectoras de los derechos, como las medidas cautelares.

Se debe resaltar que en las distintas fuentes doctrinarias se trata el tema, en cuanto a si la medida es típica o atípica, siendo la primera aquella debidamente establecida o expresada de manera inequívoca en un texto legal, como el embargo o la anotación de una demanda, no así las segundas, respecto a las ultimas el juez, por voto de mayoría del Tribunal contencioso administrativo, expone sobre las medidas cautelares atípicas y su aplicación a la jurisdicción contencioso administrativa en la extinta LRJCA, en los siguientes términos:

> "....si bien la ley reguladora de la jurisdicción contencioso Administrativa no dispone expresamente en cuanto a la posibilidad de aplicar otras medidas *cautelares* que no sea el incidente de suspensión del acto administrativo (artículo 91 de la misma), por remisión del ordinal 103 ibidem, es dable aplicar supletoriamente en lo no previsto los institutos jurídicos regulados en el Código Procesal Civil, tales como el de la justicia cautelar estipulado en los artículos 241 y siguientes del Código citado...".[67]

[67] Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. *San* José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 158.

Establece tal normativa que es potestad del juzgador el *admitir además* de las medidas cautelares específicas, las de carácter atípico, cuando existiere *temor fundado* de que una parte *le cause* al derecho de la otra una lesión grave o de difícil reparación, ante lo cual y estimándolo necesario y con el fin de evitar la lesión, así que si revisamos nuestra disyuntiva, este precepto se cumple, puesto que la medida interpuesta buscaba evitar un daño en la esfera jurídica de la abuela del menor, se le quería despojar de la tutela de su nieto, por razones netamente arbitrarias del PANI, pues no existió una motivación de peso válida en el acto, que revocara el acto administrativo que se dictó en noviembre cuando nació el menor y se le otorgó la medida de guarda temporal a la señora.

Así que el acto carecía de un elemento básico como su motivación acorde a derecho y a los principios del derecho de familia y para terminar de viciarlo se irrespetaron las formas, desconociendo el deber de notificación a parte (que el PANI desconocía a la abuela del menor como parte en el proceso), violentando también el principio de legítima defensa, por lo que cabe manifestar que aunque no existan regulaciones en la jurisdicción de familia sobre las medidas cautelares prima facie y muchas en general ante la falta de una normativa procesal, puede el juez ampararse en el CPCA ante la institución que está controlando y dictar tal tipo de medidas.

En consecuencia, el juez de familia en este caso puede tomar las anteriores normativas que considere proporcionadas, adecuadas y necesarias, según las particularidades del caso, para prevenir que se frustre el resultado del proceso. A estos caracteres se le deben unir la ponderación de los intereses en juego y el interés público; con lo cual se comprueba su admisibilidad, pero debiendo tomarse en consideración que para acogerse debe demostrarse la relación de la medida solicitada con la pretensión objeto del debate, la acreditación del temor fundado y la irreparabilidad del daño. Por último señala el Código, que el Tribunal debe observar en primer término, que este incidente es un sumario con gestión de

resolución prima facie, por ende debe el interesado aportar la prueba que pueda en el momento de la gestión y en segundo lugar, en cuanto a las manifestaciones del interesado de la medida sobre la gravedad del asunto en juego, se trata tanto sólo de un análisis del equilibrio que debe sopesar el juzgador entre el derecho del gestionante, particular y el de la comunidad, propio y necesario de esta institución jurídica, que no implica en modo alguno acoger la medida por el mero dicho del administrado que la interpone.

Dadas las consideraciones anteriores podemos señalar muy bien que basado en los supuestos que deben ser base de la acogida de una medida cautelar, éstos se cumplen totalmente, lo que refuerza la teoría planteada que la tutela cautelar de nuestro caso en concreto, se encuentra bien nutrida normativamente hablando en el CPCA, desde el ángulo de los presupuesto para poder ser analizada por un juez de familia supletoriamente, sin embargo no hemos resuelto que nos dice el Código sobre la materia que pueden versar las medidas o cualquier tipo de petición a la que se recurra a esta justicia, por lo que podemos señalar sobre el tema los artículos primero y cuarto.[68]

---

[68] ***"ARTÍCULO 1.-***

> ***1)*** *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.*
>
> ***2)*** *Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*
>
> ***3)*** *Para los fines de la presente Ley, se entenderá por Administración Pública:*
>
> ***a)*** *La Administración central.*
>
> ***b)*** *Los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas.*

C) Consideraciones normativas sobre la Responsabilidad Administrativa y la competencia que la conoce.

Ahora bien al señalar por intermedio de la investigación que el juez contencioso administrativo no es el idóneo para conocer sobre el control de la legalidad de las actuaciones del PANI en procesos de custodia y tutela provisional de menores, sino más bien, el de familia, puesto que su finalidad primordial es proteger al menor de edad, y este aspecto es una premisa propia del derecho de familia, si se debe resaltar que existe un aspecto secundario que se debe tomar en consideración con el fin de abarcar todos los aspectos de una justicia cumplida y con ellos venir a plantear la tercera problemática que quedó capítulos atrás sin resolver.

Como se mencionó antes será responsable la Administración por toda conducta que lesione derechos del administrado y el funcionario público será responsable personalmente cuando con dolo o culpa, o mínima atención haya lesionado los derechos de un tercero como lo establece el artículo 199 de la LGAP claramente.[69]

---

c) La Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público.

ARTÍCULO 4.- *La competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda se extenderá al conocimiento y la decisión de las cuestiones prejudiciales, directamente relacionadas con el proceso contencioso-administrativo, aunque no pertenezcan a esta materia, salvo las de naturaleza penal. Tal decisión no producirá efecto fuera del proceso en el que se dicte, y podrá ser revisada por la jurisdicción correspondiente.*

[69] Artículo 199.-

1. Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.

2. Estará comprendido en tales casos el funcionario que emitiere actos manifiestamente ilegales, y el que los obedeciere de conformidad con esta ley.

Allí cabe cuestionarse, si a los funcionarios del PANI les cobija este artículo, a lo que su respuesta inmediata es que claro que sí, ya que son servidores públicos investidos como tal propios de una institución descentralizada del Estado, por lo que su régimen se adecúa al de todos los otros servidores públicos y nos cuestionamos cuál es el juez por excelencia que puede brindar la sanción correspondiente y su debida indemnización, pues lo es la contencioso administrativa según los artículos primero del CPCA[70] y 110 de la LOPJ.[71]

Por último como se señala en la jurisprudencia la Sala, sí reconoce el derecho en los jueces laborales para conocer sobre las actuaciones administrativas, pero tampoco da la posibilidad de sanción, y la posibilidad también tiene su asidero en el artículo 109 de la LOPJ que contempla la posibilidad de conocer sobre las relaciones entre el Estado y sus funcionarios públicos,[72] por lo que la Sala lo que hace es dividir las potestades y habla que en asuntos formales, procidementales y de responsabilidad, conocerá la justicia contenciosa administrativa y en los materiales de empleo público la justicia laboral.

Ahora bien si este mismo razonamiento se aplicara en los actos que dicta el PANI se logra una respuesta a la investigación, entonces sin lugar como a duda como se ha manifestado el juez contencioso administrativo no debe conocer sobre el control de la legalidad de los actos del PANI en la tutela de intereses de menores y por consecuente tampoco podrá conocer sobre medidas cautelares PRIMA FACIE que busquen suspender actos dictados por el PANI en procesos de custodia y tutela de menores.

---

3. Habrá ilegalidad manifiesta, entre otros casos, cuando la Administración se aparte de dictámenes u opiniones consultivos que pongan en evidencia la ilegalidad, si posteriormente se llegare a declarar la invalidez del acto por las razones invocadas por el dictamen.

4. La calificación de la conducta del servidor para los efectos de este artículo se hará sin perjuicio de la solidaridad de responsabilidades con la Administración frente al ofendido.

[70] Ver artículo primero Código Contencioso Administrativo.
[71] Ver artículo 110 LOPJ
[72] Ver artículos 109 LOPJ y tercero inciso a) anulado CPCA.

Más bien sería el juez de familia quien puede utilizar supletoriamente aspectos del CPCA (debido a que no existe una regulación expresa en los instrumentos legales de familia) para evaluar las medidas cautelares y en el proceso de conocimiento posterior reafirmar o anular actos administrativos, pero si se debe afirmar que el juez contencioso administrativo podrá en un juicio ordinario, paralelo al proceso de familia conocer sobre cualquier tipo de responsabilidad que se le atribuya a la Administración y a los funcionarios públicos del PANI con el fin de brindar una esfera completa de derecho y el proceso deberá poder ser paralelo y no esperar una resolución en sede de familia para luego incoar este proceso contencioso administrativo ya que se desvirtuaría el principio de justicia pronta y cumplida.

D) Vacíos legales que existen sobre el Control de la legalidad de los Actos Administrativos del PANI en su análisis cautelar, decisorio y de responsabilidad administrativa.

Luego de analizar un poco la doctrina, así como la jurisprudencia y la normativa, se pueden realizar ciertas aseveraciones o recomendaciones que cierran el presente análisis de la problemática planteada y la solución buscada, primeramente es necesario resumir esa problemática, con la situación fática de la vida real planteada, el problema se resume en brindar una solución sólida y fundamentada acerca de cuál jurisdicción es la competente para conocer sobre el control de la legalidad de un acto administrativo dictado por el PANI dentro de un proceso administrativo de tutela provisional de menor, y con ésto, determinar si al tenor de las fuentes esbozadas, existe la posibilidad para que en situaciones donde convergen distintas materias entrelazadas, sea posible el uso extensivo por parte de los operadores del derecho de herramientas jurídicas fuera de su marco jurisdiccional.

Por último al determinar la valía de la justicia de familia como competencia idónea que resuelve la disyuntiva y plantear un debate sobre la posibilidad de que los jueces de familia se sustenten también en el CPCA para brindar un marco

resolutivo más completo, se plantea también como tema no menos importante los vacíos y fisuras que se han podido detectar a lo largo de la investigación.

Primero es importante resaltar que la doctrina nos muestra elementos fundamentales tomados en cuenta por el legislador cuando elaboró y aprobó el Código de la Niñez y la Adolescencia, sin embargo, al ser el derecho un fenómeno social evoluciona y cambia diariamente y por ello necesita una actualización constante ante una tendencia globalizada que conlleva una línea de interconectar ramas del derecho en una misma situación fática.

De allí que la misma jurisprudencia sea un elemento clave, que nos permite rellenar muchas veces algunos vacíos jurídicos por medio de criterios válidos y muchas veces vinculantes, pero en el caso planteado en la investigación, no se presenta una resolución puntual que nos permita resolver la pregunta planteada, por lo que acudimos a los criterios de especialidad, interés superior del menor y en el caso de la tutela cautelar y anulación de actos administrativos a las facultades discrecionales que brinda la jurisdicción de familia y la posibilidad de utilizar herramientas supletorias en los distintos casos, sin embargo aspectos como derechos de menores no deberían presentar lagunas y más bien se debería procurar aminar los aspectos interpretativos y supletorios y contar con una estructura procesal que contemple los supuestos de hechos aquí planteados porque existe una realidad, se debe reglar mucho mejor el control de la legalidad sobre un sujeto tan especial de Derecho Público como es el PANI

En el plano contencioso administrativo, con la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo, se introduce una norma numerus apertus, que no es de carácter residual ni subsidiario, como lo es el 242 del CPC, se amplía y flexibiliza la tutela cautelar con el afán de que se pueda tutelar una mayor diversidad de cuadros fácticos y este aspecto se asimila mucho a las medidas atípicas que pueden operar en la justicia de familia, sin embargo, es importante que en materia de menores como se ha manifestado exista una certeza jurídica

más detallada no sólo en la fase cautelar, sino también en la fase resolutiva del proceso judicial de familia.

Para la determinación del contenido de la medida cautelar prima facie, se establece que el juez tomará aquellas medidas "adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia."[73]. Claro, sin dejar de lado las características de instrumentalidad y provisionalidad, así como los presupuestos de ponderación de los intereses presentes en el caso concreto, apariencia de buen derecho y especialmente el peligro en la demora.

Subsiste la posibilidad de seguir aplicando medidas de carácter conservativo (como el incidente de suspensión del acto administrativo), así como de medidas cautelares positivas de efectos anticipativos o innovativos, mediante obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.

El juez tiene un poder general cautelar, al extremo que no hay un principio de congruencia que respetar, pues perfectamente el juez se puede apartar de lo solicitado por el concomitante, y concederle una medida completamente distinta, en virtud de la adecuación y necesidad, en afán de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad del fallo del principal.

Es de suma importancia el reconocimiento constitucional de la tutela cautelar, como una de las expresiones más significativas del derecho de familia, en el sentido que admita expresamente garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, para evitar un daño irreversible.

Con la investigación se puede extraer que es necesario introducir una reforma del aspecto procesal en materia de familia, más acorde con las exigencias de los

[73] República de Costa Rica (2013). Código Procesal Procesal Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

tiempos modernos, con el propósito de brindar efectivamente una tutela cautelar no sólo de efectos conservativos, sino también anticipativos y con el propósito principal de tutelar de manera más fuerte un derecho tan primario como el interés superior del menor.

Pues como bien se sabe, las medidas cautelares de efectos conservativos son insuficientes para tutelar por ejemplo el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, para los que se requiere la exigencia de obligaciones de dar o de hacer por parte del Estado. En los casos en que el administrado se vea obligado a acudir a los tribunales para hacer cumplir esos derechos, debe contar con mecanismos necesarios y amplios para su tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva permite la existencia de un sistema de control cautelar amplio, que permita el reconocimiento no sólo legal sino constitucional del derecho de los administrados a solicitar, y la obligación de los jueces de otorgar las medidas idóneas, adecuadas y necesarias contra los actos administrativos de efectos particulares o generales, la inactividad administrativa, las actuaciones constitutivas de vías de hecho.

En materia contenciosa administrativa la promulgación del CPCA, tuvo el propósito de responder a las nuevas exigencias de la realidad social cambiante; hay una mayor preocupación por regular las medidas cautelares, con el afán de cumplir con el mandato constitucional de una tutela judicial efectiva material y no formal y el CPCA, viene a normar las aportaciones jurisprudenciales más relevantes, como el reconocimiento de una tutela cautelar con raigambre constitucional, la ponderación de los intereses en conflicto, medidas provisionalísimas, análisis de la apariencia de buen derecho. Es importante resaltar que es de extrema urgencia la promulgación del Código Procesal de Familia, con el fin que regule éstas y otras disyuntivas que se dan en la sociedad día con día, pero en su ausencia es importante promover una reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia, donde se introduzca un apartado que dé certeza jurídica en todos aquellos procesos de

custodia y tutela de menores que instruya al PANI, con el fin de compeler el poder de imperio del que está previsto el Estado.

Ante la situación descrita y en atención a la obligación constitucional de cumplir, con el derecho general a una administración de justicia pronta y cumplida (entiéndase como tutela judicial efectiva), como lo exige el artículo 41 de nuestra Carta Magna, dentro de la cual se encuentra incluida la tutela cautelar, según se entiende del análisis de la combinación de los artículos 33, 39, 41, 49 y 153 de la Constitución Política y ante la obligación de tutelar más detalladamente los derechos de los menores, el legislador debe optar por ampliar la descripción de las medidas que ejerzan un control sobre la legalidad de las actuaciones del PANI, que protejan a las personas menores de edad, no sólo de particulares, sino, con mucho más razón de actuaciones de la Administración Pública que puedan afectar severamente derechos del menor (como sería en este caso el derecho a que el menor en su etapa de crecimiento más importante donde desarrolla la mayoría de las funciones, se desarrolle en un ambiente sano y con la persona que se encontraba criándolo exitosamente), y aminorar el índice de discrecionalidad que se le otorga al juez, por lo que es importante dotar de armas a los jueces de familia para adoptar medidas con una certeza jurídica superior.

Sin embargo, sigue presentando ciertas deficiencias el sistema costarricense como la falta de regulación del principio de irreversibilidad de la medida cautelar, falta de una regulación más extensa de los alcances y tratamiento procesal de las figuras de inactividad y vía de hecho, lo cual deberá ser desarrollado por la jurisprudencia al amparo de los principios de proporcionalidad y racionalidad, para evitar interpretaciones extensivas irracionales o abusos de las medidas cautelares que a la larga, más bien entorpezcan y dejen sin objeto el proceso principal, así como también presenta una ventana abierta en los artículos de competencia, donde no especifica en caso de situaciones especiales de las instituciones públicas como el PANI, cuyo objetivo es tutelar los derechos de los menores y la

familia, pero que no deja de poseer su investidura como propia del derecho público-administrativo, así que solamente para clarificar este aspecto propongo una reforma al artículo 116 del Código de la Niñez y la Adolescencia donde se contemplen entre los deberes de los jueces la obligación a conocer sobre medidas cautelares Prima Facie contra los actos de instituciones públicas y privadas, así como también resulta importante clarificar la utilización de normas supletorias en sus decisiones.

Con lo anterior pretendo brindar a los jueces de familia un arma más donde, aunque existan cientos de instituciones con objetivos especiales regidos por sus propias jurisdicciones, siempre se envista al juez de familia la posibilidad de conocer sobre la legalidad de las actuaciones de la administración, puntualmente que lesionen derechos de menores de edad, ya sea directa o indirectamente, considerando así que el apartado de las medidas cautelares como se menciona presenta una flexibilidad donde el juez puede recurrir a una medida que le asegure la conservación de un derecho, para debatir luego en el ordinario la validez o invalidez del acto administrativo al tenor de los principios del derecho de familia.

Por último se debe presentar reformas donde se abra la posibilidad expresa a las vías paralelas, en casos como el presente donde el interés del menor se dilucide por una vía de familia en todos los extremos de análisis del acto administrativo dictado por el PANI, pero la responsabilidad de un funcionario pueda tratarse en la vía contenciosa administrativa al mismo tiempo, y con ello brindar una tutela completa a todos los aspectos de derecho.

CONCLUSIONES

A modo de conclusiones del presente trabajo investigativo, resulta primordial destacar un aspecto por demás obvio, pero a veces olvidado por los administradores del derecho y es que el Derecho de Familia, así como el Derecho Administrativo, son fenómenos sociales, por ello se necesita de normas prácticas y actuales que ayuden a resolver los conflictos que se presentan en la vida cotidiana con el fin de proteger derechos y principios que tutelan las mencionadas ramas del Derecho.

El control de la legalidad de las actuaciones del PANI, cuando se trata de materia de niñez y adolescencia debe plantearse expresamente por medio de reformas que produzcan una verdadera seguridad jurídica no sólo en aras de la tutela de los derechos de los menores, sino también para brindar herramientas claras a los operadores del Derecho y en general a las partes ya sea Estado o administrados.

Se debe redimensionar los alcances de la justicia cautelar en los procesos judiciales de familia pues las posibles situaciones que a diario se presentan replantean los esquemas ortodoxos que generalmente estamos acostumbrados a observar, muy especialmente se deben preguntar si se hace imperioso pensar en otro tipo de tutela diferente a la cautelar y autónoma que venga a dar solución urgente a las pretensiones de las partes, es aquí donde se puede concluir que efectivamente existe cierto poder inquisitivo del Juzgador al aplicar la cautela solicitada, pero su actuación debe encontrarse más normada con el fin de aminorar los aspectos interpretativos y facultativos del juez.

El Juez de familia ante la inexistencia actualmente de normas que regulen medidas cautelares prima facie contra los actos del PANI, puede dictar medidas precautorias de forma mucho más flexible y amplia utilizando supletoriamente el derecho contencioso administrativo debido a la especialidad de la materia y a la

gran conexión que existe entre los presupuestos de las medidas cautelares, así como también basado en la amplia tutela que debe brindarle al menor de edad. Y por consecuente puede ampararse en las normas de derecho administrativo ya en el proceso principal de conocimiento para brindar una sentencia que involucre aspectos de la materia de familia y de la administrativa bien fundamentados, logrando de tal manera realizar un análisis rico y bien argumentado de todos los aspectos que permean un acto que dicta el Patronato Nacional de la Infancia.

Se desprende de la investigación que la posibilidad de los jueces contenciosos administrativos de conocer sobre el control de la legalidad de los actos administrativos que dicta el PANI en procesos de menores por el lado administrativo no puede ser sustentando en las formalidades propias de los actos administrativos, ni en el régimen de responsabilidad del funcionario público por conducta que lesione los derechos del administrado, ya que la finalidad suprema de ejercer este control de legalidad es proteger un principio tan supremo como es el interés superior del menor y no el de sentar responsabilidades e indemnizaciones, sin embargo, tampoco se pueden dejar de lado en aras de brindar una justicia completa, pronta y cumplida, por lo que el juez contencioso administrativo no tiene las armas para determinar ni en una medida cautelar, ni en un proceso ordinario, a la luz de los principios del derecho de familia resoluciones fundamentadas. Pero si es posible que un juez de familia conozca sobre medidas cautelares prima facie y suspenda, anule y conozca sobre actos administrativos utilizando normas supletoriamente como el CPCA ya que posee el conocimiento de fondo y puede aplicarlo para sustentar sus resoluciones.

Desde el punto de vista del Derecho de Familia que presenta una delicadez en su tratamiento que no podemos obviar, es de considerar que aplicar un razonamiento supletorio de la materia contenciosa administrativa, no debilitaría su ámbito de aplicación, ni la sumariedad como principio que permea este derecho, sino más bien, se puede considerar que viene a fortalecer la protección a los menores al crear una certeza jurídica, pero si afectaría la gratuidad y sumariedad del Derecho

de Familia conocer el asunto desde su medida cautelar desde la vía contenciosa administrativa que es más formalista y solemne.

En otro apartado si no se habilitara al juez contencioso para conocer sobre los aspectos generales de la actuación administrativa del PANI en y por consiguiente no puede conocer sobre la medida cautelar prima facie planteada en la investigación, si se debería abrir la doble vía como lo hace la Sala con los casos de empleo público, en el conflicto administrativo-laboral, para separar los procesos donde se tutelen principios propios de un derecho sustantivo ya sea realizando análisis formal o material, donde la vía de familia conozca del control de legalidad de actuaciones del PANI, con el fin de dilucidar la eficacia y validez de sus actos y toda la instrucción que genere el mejor derecho para el menor de edad, pero que la vía contenciosa administrativa pueda conocer sobre el tema de responsabilidad paralelamente para determinar sanciones e indemnizaciones producto de la responsabilidad administrativa sin que se tenga que finalizar primero el proceso de familia. Es un mismo tema el que puede ser dilucidado al mismo tiempo en distintas vías pero cada una desde su enfoque y finalidad en el principio que está tutelando.

Por último considero preponderante una reforma en la ley y un pronunciamiento enérgico por parte de la Sala donde brinde un precedente y se esclarezcan todos los puntos tocados en esta tesis, estableciéndose una certeza jurídica para el operador judicial sobre cómo actuar en los casos que se desprendan de las actuaciones de una institución tan particular y única en nuestro ordenamiento, como es el PANI y de ahí se clarifique la certeza jurídica debida al administrado donde posea una vía en la que pueda defenderse ante alguna irregularidad en el ejercicio del servicio público que brinda el PANI y lo más importante donde se reconozca una verdadera protección de los derechos de las personas menores de edad ante la institución pública.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Enrique Rojas Franco. (1999). **La suspensión del Acto Administrativo en la Vía Contencioso Administrativa y Judicial**, 4 ed, San José, Costa Rica.
- Ernesto Jinesta Lobo. (2009). **Manual del Proceso Contencioso Administrativo**, 1 ed, San José, Costa Rica.
- Ernesto Jinesta Lobo. (1996). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo.** Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- Roland, Arazi. (1997). **Medidas Cautelares.** Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Oscar Eduardo González Camacho (2002). **La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas**. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Eduardo Ortiz Ortiz (1990) **Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios**. San José Litografía e imprenta LIL, S.A.
- Rodolfo Saborío Valverde (1994). **Eficacia e invalidez del acto administrativo**, Segunda Edición. San José. Ediciones SEINJUSA.
- Investigaciones Jurídicas. (2013). Diccionario Jurídico. San José, Costa Rica
- Miguel Cillero. (1998). **El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA** .Editorial TEMIS, Ediciones DEPALMA, Santa Fe de Bogota- Buenos Aires.
- Ángel Carrasco Perera (2006), **Derecho de Familia (Casos. Reglas y Argumentos)**, Ed. Dilex, Madrid España.
- Eduardo García de Enterría (1987) **Curso de Derecho Administrativo Español**. Tomo I y II. Madrid, España, Editorial Civitas.

- Dromi, José Roberto (1978) **El Acto Administrativo.** Buenos Aires, Argentina, Editorial Macchi.
- André De Laubadere (1984). **Manual de Derecho Administrativo.** Editorial TEMIS Librería. Bogotá, Colombia. (Título del original francés: Manuel de droit administratif, 11a ed, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, París, Francia.

TESIS CONSULTADAS

- Kattia Milena Murillo Murillo. (2007). **Nuevas Tendencias De Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Análisis de la Jurisprudencia Judicial en los últimos diez años.** Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- David Felipe Cortés Segura. (2013). **Análisis de la figura de la tutela en Costa Rica: Necesidad de una reforma legal en resguardo del interés superior de la persona menor de edad.** Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

NORMATIVA

- República de Costa Rica (2014). Código Procesal Contencioso Administrativo, San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A.
- República de Costa Rica (2014). Código Civil, San José, Costa Rica. Publicaciones Jurídicas.
- República de Costa Rica (2014). Constitución Política de la República de Costa Rica, San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A.
- República de Costa Rica (2013). Ley General de la Administración Pública y Decretos Nº 8979- P/ Nº 9469-P. Novena Edición, San José, Costa Rica. EDITEC EDITORES S.A.
- República de Costa Rica (2013). Ley Orgánica del Poder Judicial. Novena Edición, San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A.

- República de Costa Rica (2010). Código de la Niñez y la Adolescencia, San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A.
- República de Costa Rica (2013). Código de Familia, San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A.
- República de Costa Rica (2013). Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, San José, Costa Rica.. Investigaciones Jurídicas S.A..
- La Convención Americana de los Derechos Humanos. En: Derecho a Tener Derecho: Infancia, Derecho y Políticas Públicas en América Latina. Caracas.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

JURISPRUDENCIA

- **RESOLUCIÓN 00207-98**, de las nueve horas con cuarenta minutos del catorce de agosto de mil novecientos noventa y ocho, de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- **RESOLUCIÓN 2012010986**, a las quince horas cinco minutos del catorce de agosto de dos mil doce. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- **RESOLUCIÓN 2011011439,** a las diez horas y treinta y ocho minutos del veintiséis de agosto del dos mil once. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- **RESOLUCIÓN 000 544-C-S1-2014**, de las catorce horas cincuenta minutos del diez de abril de dos mil catorce. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- **RESOLUCIÓN 2000-4530** de las catorce horas con cincuenta y un minutos del treinta y uno de mayo del dos mil dos. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- **RESOLUCIÓN N°437-2013**, a las quince horas treinta minutos del veintinueve de octubre del año dos mil trece. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ.
- **RESOLUCIÓN 602-2013**, a las dieciséis horas treinta minutos del once de octubre de dos mil trece. TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. ANEXO.
- **Resolución N° 2000-4530** de las catorce horas con cincuenta y un minutos del treinta y uno de mayo del dos mil dos. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- **Resolución N° 2005-6224** de las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo del dos mil cinco. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- **Resolución N° 2006-9570** de las dieciséis horas con trece minutos del cinco de julio del dos mil seis. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- **Resolución N° 2006-1030** de las catorce horas con treinta y cinco minutos del primero de febrero del dos mil seis. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

ARTÍCULOS

- Yudy Pilar Campos Gutiérrez. **La participación de las personas menores de edad en los procesos familiares a la luz del anteproyecto de ley procesal familiar**. Artículo de Familia. Recuperado el 10 de febrero del 2014.

- Mario C Perrachione, **Doctrina del día: elementos esenciales de las medidas cautelares y su adaptación a las nuevas figuras**. San José, Costa Rica, Artículo Publicado el 1 julio, 2013 por Thomas Reuters. Recuperado el 3 de marzo del 2014.

- Enrique Rojas Franco, **Medidas cautelares en el proceso administrativo de Costa Rica.** Artículo en Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A. C., 2009. Recuperado el 15 de abril del 2014.

- Yuri Emilio Buaiz V. **La Doctrina Para la Protección Integral de los niños: Aproximaciones a su Definición Y Principales Consideraciones.** Oficial de Derechos del Niño/UNICEF, UNICEF-PANI. 2009. Recuperado el 27 de enero del 2014.

PÁGINAS WEB

- Noticias Jurídicas. (2014) http://noticias.juridicas.com [Consulta: 7 de abril de 2014].

- Pórtico Legal. (2010). http: www.poticolegal.com [Consulta: de 18 de abril de 2014].

- Facultad de Derecho. (2014). http: www.derecho.ac.cr [Consulta: de 18 de abril de 2014].

- Las Medidas Cautelares en Costa Rica (2013) http://www.monografias.com/trabajos91/medidas-cautelares-jurisdiccion-contencioso-administrativa-costa-rica/medidas-cautelares-jurisdiccion-contencioso-administrativa-costa-rica.shtml#ixzz2zmr0IneH.[Consulta: de 18 de abril de 2014].

- Las Partes en el Proceso Civil y Penal de Costa Rica. (2013) http://www.monografias.com/trabajos13/introd/introd.shtml. [Consulta: 7 de febrero de 2014].

- La Guarda Crianza de los Menores de edad en Costa Rica. http://aslegalcr.com/blog/wpcontent/uploads/2007/09/768_la_guarda_crianza_de_los_hijos_menores_13-02-06.pdf.

- Derecho de Familia http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_familia. [Consulta: de 18 de abril de 2014].

- Jurisprudencia Constitucional, Página del Poder Judicial de Costa Rica, http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Principios%20Constitucionales/INTER%C3%89S%20SUPERIOR%20DEL%20MENOR.htm. [Consulta: de 26 de abril de 2014].

- Página del Patronato Nacional de la Infancia de Costa Rica, Misión http://www.pani.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=178&Itemid=62. [Consulta: de 30 de mayo de 2014].

- Ernesto Jinesta Lobo, Análisis crítico de la evolución constitucional, legislativa y jurisprudencial de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/ANALISIS%20CRITICO%20DE%20LA%20EVOLUCION%20CONSTITUCIONAL.PDF (consultado 21 de febrero)

- Acercamiento al Derecho de Familia y al Sistema Judicial de Familia en Costa Rica, http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-4?id=46. (consultado el 15 de febrero del 2015)

- Ernesto Jinesta Lobo, Responsabilidad Administrativa, Constitución y DerechosFundamentales,http://www.ernestojinesta.com/RESPONSABILIDAD%20ADMINISTRATIVA. [Consulta: de 25 de abril de 2014].

- La Convención sobre los Derechos del Niño. http://www.unicef.org/spanish/crc/. [Consulta: de 05 de febrero de 2014].