

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

**‘REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD
EN LOS PROCESOS DE CUSTODIA EN EL SISTEMA JUDICIAL COSTARRICENSE’**

ANA MARÍA BARQUERO VALERÍN

A90796

CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO

MARZO 2019



11 de febrero de 2019

FD-385-2019

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), de la estudiante: Ana María Barquero Valerín, carné A90796 denominado: "Representación y participación de las personas menores de edad en procesos de custodia en el sistema judicial costarricense". 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 DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

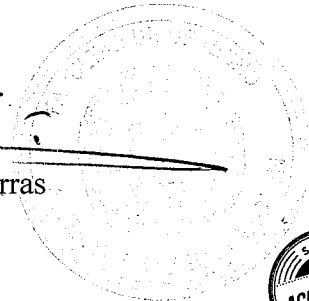
Tribunal Examinador

Informante	Lic. Alberto Jiménez Mata
Presidente	MSc. William Bolaños Gamboa
Secretario	Lic. Ileana Palma Porras
Miembro	Dra. Sofía Cordero Molina
Miembro	MSc. Ilse Díaz Díaz

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **01 de marzo del 2019**, a las 6:00 p.m. en el cuarto piso de la facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



C. Expediente
C. Archivo

San José, 7 de febrero de 2019


Señores:
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Quién suscribe, en mi condición de director del trabajo final de graduación de la egresada **Ana María Barquero Valerín, carnet UCR A90796 y cédula de identidad 1-1455-475**, titulada: "**Representación y participación de las personas menores de edad en los procesos de custodia en el sistema judicial costarricense**", procedo a aprobar la misma, por cumplir con los requisitos formales y sustanciales que se exigen para este tipo de trabajos.

La tesis de la estudiante Barquero Valerín introduce a la discusión un tema destacada en el naciente Derecho Procesal de Familia en cuanto a la forma en que las personas menores de edad pueden intervenir en los procesos en los cuales se discute su custodia, generalmente entre los padres; por cuanto hasta ahora hemos tenido una importante invisibilización de la forma en que pueden hacer sus participaciones o, al menos, la forma en que se pueden representar.

Las propuestas que se elaboran, especialmente en el contexto de estar a puertas de una legislación procesal especial para los procesos de familia, determina un estudio exhaustivo de la normativa actual y de la que se propone en el Proyecto de Código Procesal de Familia que está actualmente aprobado en primer debate legislativo; por cuanto se hace una nueva estructuración de los criterios de representación y participación para ellos en estos procesos que definen una parte importante de su desarrollo personal, como lo es establecer cual de los padres se encargará de su custodia en adelante.

Atentamente:


Prof. Alberto Jiménez Mata
Director de tesis

cc: Archivo

Estudiante Ana María Barquero Valerín



San José, 16 de enero 2019.

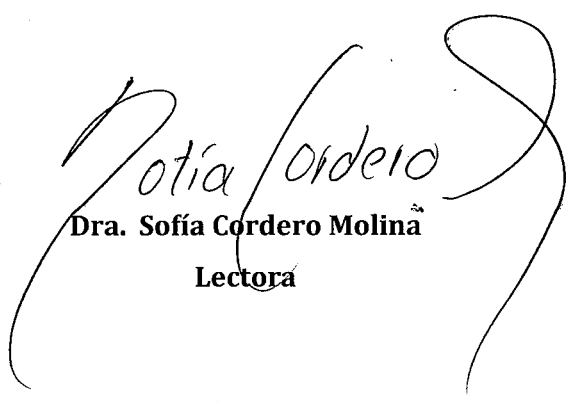
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado Señor:

Reciba un cordial saludo de mi parte. En mi condición de lectora del Trabajo Final de Graduación titulado, ,
“REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS DE CUSTODIA EN EL SISTEMA JUDICIAL COSTARRICENSE” elaborado por la estudiante **Ana María Barquero Valerín** con número de carné estudiantil A90796. Me permito indicarle que extiendo mi aprobación para la correspondiente réplica de la citada investigación.

Lo anterior, dado que considero que el presente trabajo cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Además de que el mismo, es un importante aporte a la rama del derecho del derecho de familia , debido al tratamiento crítico del tema de la representación y la participación de las personas menores de edad en nuestro ordenamiento jurídico. A la vez que realiza una propuesta de suma importancia para tomar en circunspección.

Con consideración y estima,



Dra. Sofía Cordero Molina

Lectora

11 de febrero de 2019

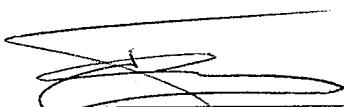
Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Quien suscribe, **Ilse Mary Díaz Díaz**, en mi condición de lectora de la tesis de la estudiante ANA MARIA BARQUERO VALERIN, con número de carné estudiantil A90796, titulada "*Representación y Participación de las personas menores de edad en los procesos de custodia en el sistema judicial costarricense*", por este medio tengo el agrado de comunicarle mi aprobación del citado trabajo de investigación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, por cumplir con los requisitos tanto formales como sustanciales, exigidos para los trabajos finales de graduación de esta naturaleza exige la Universidad de Costa Rica. Esta tesis de graduación de Licenciatura realiza un análisis de la figura del menor y como debe ser su participación en el concepto nuevo de familia así como su participación en los procesos de custodia, vista no solo desde el ámbito normativo nacional sino internacional conforme los diversos instrumentos internacionales le reconocen el derecho a ser oído y su capacidad para expresar sus propias condiciones.

En razón de lo anterior, solicito al Área de Investigación proceder con los trámites administrativos correspondientes a la fijación de la fecha y hora para que las estudiantes presenten la defensa de su trabajo.

Cordialmente,


Msc. **Ilse Mary Díaz Díaz**
Lectora.

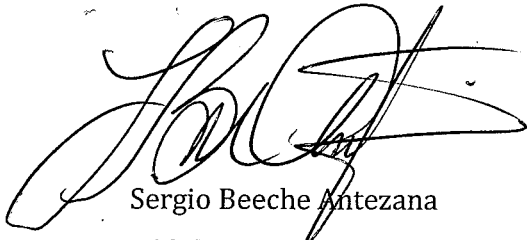
8 de febrero del 2019

San José, Costa Rica

Estimados señores,
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

Por este medio, hago constar que el documento investigativo titulado "Representación y participación de las personas menores de edad en los procesos de custodia en el sistema judicial costarricense" de la estudiante Ana María Barquero Valerín, carné A90796, para optar por grado de Licenciatura en Derecho, ha sido sometido a corrección de estilo a mi cargo, en el cual se han revisado los métodos de citación y los aspectos gramaticales y formales de la redacción. Una vez incorporadas las recomendaciones que se le dan a la investigadora, el documento está listo para presentarse ante las autoridades pertinentes.

Atentamente,



Sergio Beeche Antezana

Cédula: 1-1513-0614

Asociación Costarricense de Filólogos: carné 237

La vida no es fácil para ninguno de nosotros. ¿Y qué más da? Debemos tener perseverancia y sobre todo confianza en nosotros mismos. Debemos creer que se nos ha bendecido con algo y que ese algo debemos aprovecharlo. (Marie Curie)

DEDICATORIA

A Dios, por sembrar en mi este sueño y darme el amor y la fuerza necesarios para conseguirlo.

A mis papás, Nuria y Eddy, por siempre creer en mí, en este sueño, y por enseñarme cada día que todo lo que deseamos está al otro lado de superar los miedos.

A mi hermano David (Q.E.G.E) por ser la prueba fehaciente de que los ángeles son reales y siempre nos cuidan.

A mi familia, por siempre apoyarme durante todos estos años.

A mis amigos, que han caminado a mi lado y no me han dejado sola en ningún momento.

AGRADECIMIENTOS

Al profesor Alberto Jiménez Mata, por aventurarse conmigo en este tema, que traía con él muchos retos, apoyarme cuando no contaba con el apoyo de un director y enseñarme tanto.

A Ileana Palma Porras, por ser mi ejemplo y mi apoyo incondicional durante tantos años, por todas esas charlas, que hicieron surgir este tema; por todas esas cualidades que sembró en mí y me permiten ser la profesional que soy hoy, no hay palabras para agradecer lo suficiente.

A mis amigos, Rebecca, Karen, Sharlyn, Daniel, Josué, Melissa, Gina y Esteban, por no solo ser mis acompañantes en los momentos lindos durante estos años, sino por ser mi apoyo cuando no daban las fuerzas, todos los días aprendí algo de ustedes, mi cariño y gratitud eterna.

A mis amigos, Diana, Jessica, Fernando y Jose Pablo, por apoyarme siempre y correr conmigo en cada entrega y cada corrección, gracias por estar en cada paso y ser tan pacientes y amorosos conmigo.

Al Dr. Ricardo Salas Porras y Luisito, por el apoyo, paciencia y sobre todo entrega en su trabajo que me permitió pasar todas las pruebas que se me presentaron de la mejor manera.

A la Universidad de Costa Rica, por recibirme, por enseñarme, por ser mi segunda casa durante mis dos carreras, por no solo formar una profesional, sino formar un ser humano con conciencia, sin prejuicios.

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
RESUMEN	vii
JUSTIFICACION	1
HIPOTESIS	4
OBJETIVOS	4
METODOLOGIA	5

Capítulo 1. Nociones generales en torno a la figura de la participación y representación de las personas menores de edad, en los procesos de Custodia Personal.....7

Sección 1. Naturaleza Jurídica y tipos de representación de las personas menores de edad en el sistema judicial costarricense.....7

1.1.1 Naturaleza Jurídica

1.1.2 Tipos de Representación

1.1.2.1 Representación Activa.....8

1.1.2.2 Representación Pasiva.....9

1.1.2.3 Representación Legal.....9

1.1.2.4 Representación Judicial.....9

1.1.3 Características.10

Sección 2. Análisis de la Responsabilidad Parental y desarrollo del término custodia.....11

1.2.1 Origen y conceptualización de la Responsabilidad Parental.....11

1.2.2 Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Parental.....14

1.2.3 Elementos de la Responsabilidad Parental.....17

1.2.3.1 Representación.....	17
1.2.3.2 Administración de Bienes.....	17
1.2.3.3 Cuidado Personal.....	18
1.2.4 Características de la Responsabilidad Parental.....	20
1.2.4.1 Irrenunciabilidad.....	20
1.2.4.2 Intransmisibilidad.....	21
1.2.4.3 Imprescriptibilidad.....	23
1.2.4.4 Inmodificabilidad.....	24
1.2.4.5 Temporalidad.....	24
Capítulo 2. Situación actual de los procesos de custodia con respecto a la participación de las personas menores de edad en nuestro país, y situación en los sistemas judiciales internacionales.....	26
Sección 1. Análisis de los procesos de custodia del Código de Familia actual; y los procesos con la propuesta del Código Procesal de Familia.....	26
2.1.1 Código de Familia.....	26
2.1.2 Proyecto Código Procesal de Familia.....	31
2.1.3 Análisis del alcance de la representación de las personas menores de edad.....	37
Sección 2. Situación de las personas menores de edad y su participación en sistemas judiciales internacionales.	40
2.2.1 España.....	40
2.2.2 Argentina.....	43

Capítulo 3. Análisis jurisprudencial de la materia de violencia domestica como referente nacional para la participación de las personas menores de edad, propuesta de participación y representación de las personas menores de edad en los procesos de custodia y el desarrollo de la figura de un defensor de la persona menor de edad.....	50
3.1 Análisis jurisprudencial de la materia de violencia domestica como referente nacional para la participación de las personas menores de edad.....	50
3.2 Propuesta de participación en los procesos de custodia apoyada en el proyecto del Código Procesal de Familia.....	55
3.3 Desarrollo de la figura de un defensor de la persona menor de edad en el Sistema Judicial Costarricense.....	60
3.3.1 Definición de la figura del defensor de la persona menor, limitada al sistema jurídico costarricense.....	60
3.3.2 Participación del defensor de la persona menor en los procesos de custodia.....	62
3.3.3 Alcances y limitaciones de la figura del defensor de la persona menor de edad en el sistema jurídico costarricense.	64
CONCLUSIONES.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	78

RESUMEN

El conflicto entre padres o responsables de las personas menores de edad, ya sea dentro o fuera del matrimonio, es el punto de partida en nuestra investigación, puesto que existe un interés especial por la continuidad de las relaciones filiales de los hijos con ambos padres. Esto porque el vínculo filial entre padres e hijos no se extingue con la separación de sus progenitores o si estos del todo no tuvieron un vínculo; resulta algo problemático que se desencadena al llevar a cabo este tipo de procesos.

En el sistema judicial costarricense, en materia de familia, el concepto inicial que englobaba el conflicto entre padres o responsables por un menor de edad era conocido como Patria Potestad. Con el paso del tiempo, pasa a ser reconocido como Responsabilidad Parental. Ambos conceptos incluyen crianza, educación y administración de bienes; pero con la evolución de la responsabilidad, aparece otro concepto: el de cuidado personal, el cual incluye la custodia, concepto relevante en esta investigación. Y en los procesos de custodia, uno de los grandes problemas es que las personas menores de edad no tienen una representación o participación real, y sería propicio la creación de una figura de un defensor.

De este problema nace la hipótesis, que en el sistema judicial costarricense resulta necesaria la creación de un modelo que propicie la participación y la capacidad de las personas menores de edad de representarse a sí mismas o de afianzar la representación idónea en procesos de definición de custodia, valorando modelos y sistemas internacionales o de otras áreas del derecho costarricense, por lo que se tiene como objetivo, determinar las formas de participación y representación de las personas menores de edad en los procesos judiciales en los cuales se discute su custodia.

Se intentará seleccionar y trabajar con la información más relevante que sirva para apoyar la hipótesis que se pretende demostrar para proponer posibles soluciones al problema planteado. Esto se realizará mediante investigación en doctrina, jurisprudencia y legislación nacional, así como jurisprudencia, legislación y doctrina internacional, las cuales serán puntos de referencia para proponer nuevas técnicas procesales.

En la actualidad, las responsabilidades de los padres se encuentran menos parciales. El padre deja de ser solo benefactor económico y la madre solo la responsable de la educación. Ambos cumplen estas funciones en igualdad de condiciones. En caso de separación o divorcio, no debería influir en el desarrollo de las responsabilidades de ambos para con el menor de edad y preferentemente que estén presentes de manera equitativa. En su defecto, elegir un representante idóneo en algún caso especial, esta representación debe estar fundamentada en la necesidad de dar la mejor condición de custodia, en aras de promover un mejor desarrollo tanto educativo como psicológico para que el menor de edad se convierta en un adulto calidad de vida. La figura del representante para la persona menor de edad es algo que no se ha desarrollado plenamente hasta el momento, en el Código de Familia, que es la base sustantiva y con la llegada del Código Procesal de Familia, es el paso a una base procesal especializada para la materia que no se concebía con el Código Procesal Civil.

Este proyecto de Código Procesal de Familia reconoce efectivamente la necesidad de la representación que en el Código Procesal Civil no se reconocía. Se plantea en esta investigación que existen dos vías de análisis para esa situación. La primera de ellas es el reconocimiento de la capacidad; y la segunda, la necesidad de que la persona menor de doce años sea representada. Que la capacidad procesal de una persona menor de edad va aunada totalmente al principio de autonomía progresiva que plantea el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y que es reforzado por la Convención de los Derechos del Niño.

El reconocimiento de una capacidad de calidad progresiva permite analizar los grados en los que la participación se puede dar, dependiendo de la voluntad del menor y de su nivel de autonomía, la cual es muy importante a la hora de reconocer estos derechos de las personas menores de edad, si bien muchísimas de estas personas no tienen una autonomía total y voluntad a la hora del manejo de sus decisiones, es necesario que se plantee un rango de representación. Esto sin que ninguna de las personas de ningún grupo etario quede fuera de ese rango. El primer rango es de cero a cuatro años, en el que serán responsables tanto padres, tutores, como el juez encargado. Al no tener el niño ninguna capacidad volitiva, debe realizarse una investigación detallada.

El segundo, de cinco a diez años, igual que en el caso anterior, serán responsables tutores, padres y el juez, pero entra el área de la interdisciplinariedad; es decir, trabajadores sociales, psicólogos, u otros profesionales que den una visión y una posición más acertada del menor y tomen su opinión para desarrollarla en el proceso de custodia personal. Y, por último, de los once a los diecisiete años, en el que ya el menor de edad cuenta con una capacidad, discernimiento y cierto grado de madurez que le permite ser parte del proceso de custodia personal de manera activa. Más allá de solo escuchar su opinión, la figura de los padres o tutores cambia en este rango, ya que, si bien son responsables del menor, no necesariamente son la voz de ellos durante todo el tiempo del proceso.

El derecho de familia podría considerarse la rama más humana del derecho, por lo que los métodos deben dejar de lado ciertos formalismos y concentrarse en humanizar. Se defiende este concepto como una acción de la cual se priorizan procesos, en los cuales la celeridad puede implicar una diferencia en la calidad de una de las partes o en todas. Procesos interdisciplinarios que permiten la participación de otros profesionales con el propósito de obtener mejores resultados, donde todas las partes tengan representación idónea dadas las circunstancias, donde exista un pleno conocimiento de los derechos y deberes de todos con el fin de tener procesos sanos. La figura del abogado o defensor del menor nace como alternativa entre una función administrativa que recae sobre el Patronato Nacional de la Infancia y la figura legal que de cierta manera representa. Pero que, a lo largo de esta investigación, se evidencia que no es tan eficiente como debería. El defensor del menor es viable en nuestro país, ya que estaría bajo la tutela del patronato o del Estado, por lo cual quedaría bajo el marco jurídico de un defensor regular.

La participación del menor de edad es también factible en los procesos de custodia, de una manera general porque las distintas normativas internacionales lo conciben como esencial; o, de manera más específica, porque los intereses de los menores están en juego y eso los hace partícipes directos del proceso. Por lo tanto, de inicio a fin confirmamos la hipótesis. El sistema judicial costarricense, específicamente los procesos de custodia, está listo para renovarse

*Barquero Valerín, Ana María. **Representación y Participación de las personas menores de edad en los procesos de custodia en el sistema judicial costarricense.** Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019. X. 82.*

Director(a): *Alberto Jiménez Mata*

Palabras clave: *Representación, participación, menores de edad, custodia, derecho de familia, capacidad progresiva, derecho procesal, defensor del menor, abogado del menor, responsabilidad parental, patria potestad, participación personas menores de edad.*

INTRODUCCIÓN

JUSTIFICACIÓN

El conflicto entre padres o responsables de las personas menores de edad, ya sea dentro o fuera del matrimonio, es el punto de partida en nuestra investigación, puesto que existe un interés especial por la continuidad de las relaciones filiales de los hijos con ambos padres. Esto porque el vínculo filial entre padres e hijos no se extingue con la separación de sus progenitores o si estos del todo no tuvieron un vínculo; resulta algo problemático que se desencadena al llevar a cabo este tipo de procesos.

En el sistema judicial costarricense, en materia de familia, el concepto inicial que englobaba el conflicto entre padres o responsables por un menor de edad era conocido como Patria Potestad. Con el paso del tiempo, pasa a ser reconocido como Responsabilidad Parental. Ambos conceptos incluyen crianza, educación y administración de bienes; pero con la evolución de la responsabilidad, aparece otro concepto: el de cuidado personal, el cual incluye la custodia, concepto relevante en esta investigación.

Mediante una investigación preliminar, se comprobó que la custodia como tal, y lo que conlleva, ha sido desarrollada de manera extensa, pero que la relación del menor en la toma de decisiones y la posibilidad de participación activa en los procesos de custodia, es nula; es decir, no se tiene una noción plena de la situación del menor. Se podría considerar de manera atrevida que su opinión o su situación real no sea un factor determinante en la toma de decisiones.

Con respecto a la participación y representación de las personas menores de edad, no es un tema ampliamente desarrollado en el país, razón por la cual es necesario recurrir a la doctrina, legislación y jurisprudencia de otros países. Lo anterior con el propósito de crear un paradigma de posibilidades y, eventualmente, promover un modelo o una oportunidad de participación más activa de los menores, además de analizar la viabilidad de figuras de representación utilizadas en otras jurisdicciones.

La estructura de los procesos de custodia, en un inicio y sin ser muy desarrollada, se percata que va en contra del interés superior de las personas menores de edad. Las representaciones planteadas en la actualidad son un reflejo de autoridad, en las cuales el niño tiene que sujetarse a lo que esta autoridad declare, sin poder dar ninguna opinión al respecto; es decir, que su situación no es una prioridad.

Este problema es el justificante para realizar esta investigación. Con un enfoque en el aspecto procesal, surgen distintas condiciones en los procesos de definición de custodia que atentan contra el interés superior de las personas menores de edad y contra su derecho a ser escuchadas, los cuales están contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por nuestra ley y al no ser respetada, no solo se desprecia, sino que se irrespeta un instrumento de tal magnitud internacional y de gran trascendencia en materia de familia.

La explicación y el cuestionamiento de la representación y la participación de las personas menores de edad, el análisis de los criterios fundamentales y los factores que determinan la atribución, así como los efectos que se producen, tienen como motivo llegar a entender lo novedoso y beneficioso que sería para nuestro sistema aplicar cambios a la percepción del menor de edad en las estructuras procesales. No solo para tener resultados más beneficiosos hacia el menor de edad, sino para brindarles cierto grado de celeridad.

Tampoco existen, en el sistema costarricense, métodos administrativos directos que permitan al menor acercarse y plantear, ante estas instancias, casos o situaciones. El Patronato Nacional de la Infancia (PANI) no brinda este servicio.

Al tratarse de la institución encargada, debería existir la posibilidad de desarrollar un proyecto en el cual no solo se vieran beneficiados los menores de edad, sino, además, el mismo sistema judicial. De cierta manera, esto no solo reduciría los casos que lleguen a instancias judiciales, sino que los haría más expeditos; esto analizando leyes nacionales y reglamentos internos que son la base legal de esta institución.

La investigación gira en torno a un desarrollo procesal de la definición de la custodia y en la búsqueda de métodos que permitan a los menores ser partícipes del proceso de manera activa, con el fin de cumplir realmente la premisa del interés superior del niño.

Cuando se define la participación de las personas menores de edad en los procesos de custodia, debe aclararse que no existe una participación directa. Se deben proponer métodos para que sea más inclusivo para los menores; ya sea que se tome como parte al menor de edad y que sus intereses sean incluidos como pretensiones prioritarias, definidas por un tutor o alguien que el mismo juzgado presente (ya sea un psicólogo, sociólogo o un trabajador social). O, por otro lado, proponer formas para que sean representados de mejor manera, por ejemplo, la figura del Abogado del Menor o el Abogado del Niño, propuestas que funcionaron en varios países de Latinoamérica y España, mismas que se buscan desarrollar en esta investigación.

HIPÓTESIS

En el sistema judicial costarricense resulta necesaria la creación de un modelo que propicie la participación y la capacidad de las personas menores de edad de representarse a sí mismas o de afianzar la representación idónea en procesos de definición de custodia, valorando modelos y sistemas internacionales o de otras áreas del derecho costarricense.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Determinar las formas de participación y representación de las personas menores de edad en los procesos judiciales en los cuales se discute su custodia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1) Conceptualizar los procesos de custodia, y en ellos los tipos de representación y participación de las personas menores de edad.

- 2) Identificar la situación de las personas menores de edad en los procesos de custodia en el país en la legislación vigente y los cambios que surgen a raíz del Proyecto de Código Procesal de Familia.

- 3) Comparar sistemas judiciales internacionales, su desarrollo de la participación y la representación de las personas menores de edad.

- 4) Evaluar el desarrollo de la participación de las personas menores de edad, desde el análisis jurisprudencial en materia de violencia doméstica.

5) Desarrollar una propuesta para mejorar la participación del menor de edad y su representación en los procesos de custodia, analizando la viabilidad de la figura del abogado del menor en el sistema costarricense.

METODOLOGÍA

En la presente investigación, se intentará seleccionar y trabajar con la información más relevante que sirva para apoyar la hipótesis que se pretende demostrar para proponer posibles soluciones al problema planteado. Esto se realizará mediante investigación en doctrina, jurisprudencia y legislación nacional, así como jurisprudencia, legislación y doctrina internacional, las cuales serán puntos de referencia para proponer nuevas técnicas procesales. De manera más detallada, se utilizará:

Convenios Internacionales/ Derecho Comparado: Perspectiva a nivel internacional sobre el manejo de la capacidad progresiva y la participación de los menores de edad en los procesos de Custodia Personal.

Normativa Costarricense/ Jurisprudencia de los Tribunales de Familia y Sala Primera y Segunda: Perspectiva a nivel nacional de los temas de participación y la capacidad de los menores de edad en temas relacionados directamente con el derecho de familia y los procesos en investigación.

Libros de Doctrina: Pueden abarcar desde una perspectiva general del Derecho Civil sobre la capacidad para crear un margen conceptual, hasta los planteamientos de letrados sobre los procesos de familia que dan base a esta investigación.

Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica relacionados o conexos al tema.

Esta investigación presenta las características típicas de un estudio explorativo. Hay escasez de información acerca de la participación de las personas menores de edad en estos procesos, debido al poco desarrollo jurisprudencial, el cual concentra sus bases a nivel doctrinario. Además, el problema jurídico por abordar ha sido poco estudiado y se pretende explorar en el tema para así determinar que la regulación de las personas menores de edad requiere una modificación legal.

A raíz de esto se desarrollan los objetivos. En el primer capítulo, se entregan algunos elementos conceptuales e históricos para determinar el sentido y alcance del derecho de los niños a ser escuchados. Todas aquellas maneras en que pueden ser representados y la naturaleza jurídica que estos conceptos engloban. Más específicamente, la relación de estos elementos conceptuales a la posición de las personas menores de edad en los procesos de custodia.

En el segundo capítulo, se hablará del proceso de custodia actual, en un análisis detallado con la propuesta que brinda el proyecto del Código Procesal de Familia. Este permitirá analizar a fondo si el proceso mejoró de manera que la figura del menor tome más fuerza en el sistema judicial y en temas de su interés. Al tener los resultados, se planteará su posición real en los procesos tanto con el Código de Familia como con el proyecto de Código Procesal de Familia y el alcance de la posible representación, para, así, desarrollar posibles ventajas y desventajas presentes en cada proceso.

Se llevará a cabo un análisis de los países que han desarrollado cambios en pro de la figura del menor de edad en los procesos de investigación. Aspectos que pueden ser de referencia para el capítulo tres, en el que se hará un análisis jurisprudencial en materia de violencia doméstica como partida para desarrollar una participación de las personas menores de edad basándose en leyes nacionales. Además, se presentará una propuesta general para la mejoría de representación y participación de las personas menores de edad en los procesos de custodia, así como los beneficios y limitaciones de la propuesta y la participación de los menores.

CAPÍTULO 1. Nociones generales en torno a la figura de la participación y representación de las personas menores de edad, los orígenes de la responsabilidad parental y el desarrollo de la custodia.

SECCIÓN 1. Naturaleza Jurídica y Tipos de Representación de las personas menores de edad en el sistema judicial costarricense.

Conceptualmente según Francisco Rivero Hernández¹, la representación es la institución jurídica en la cual un sujeto actúa por otro. Incurriendo los efectos en el representado, la utilidad de esta figura radica en dos aspectos muy importantes: la versatilidad y el dinamismo. Primero, la versatilidad es la capacidad con la que casi todos los actos pueden realizarse por representante, inclusive en la figura del matrimonio; excepto los actos *intuitae personae*, es decir, a título personal, como es el caso del testar. Y segundo, el dinamismo, como menciona Francisco Rivero Hernández, “se trata de un concepto que depende de las coordenadas personales y circunstancias del caso; y además, es cambiante, evoluciona con el paso del tiempo.”²

1.1.1 NATURALEZA JURÍDICA

Podríamos definir la naturaleza del concepto de representación basándonos en tres teorías. La primera: la teoría de la ficción, que plantea Savigny, según Ermo Quisbert, por una ficción de la ley y porque el representante es un tercero absoluto (*peditus extranei*) los requisitos los debe cumplir el representado. Quisbert es altamente criticado por esto ya que muchos consideran que es el representante el que realiza materialmente el acto.³ La segunda es la teoría de la representación, que plantea Ihering diciendo, “el que debe cumplir con los requisitos es el representante y no el representado”⁴, que fue desestimada por el mismo motivo que la teoría anterior.

¹ Francisco Rivero, ‘El interés del menor’ (Madrid, España; Dykinson, 2007) 329.

²Ibid.;p. 329.

³Ermo Quisbert, ‘La Representación’;(La Paz, Bolivia: CED® Centro de Estudios de Derecho, 2010.) 3.

⁴Ibid.; p. 4.

Y por último, la teoría más acertada conocida como “la teoría de la mediación” de Jean Gagnepain la cual plantea que, tanto representante como representado deben cumplir con los requisitos, como en este caso que los padres deben cumplir con los deberes de velar por el bienestar general de las personas menores de edad y los menores deben estar de cierta manera relacionados a las personas que ejercen su representación; o, en todo caso, que otra figura sea capaz de ejercer esa representación y a su vez propiciar una participación directa de los menores en los procesos.

1.1.2 TIPOS DE REPRESENTACIÓN

1.1.2.1 Representación Activa

La Representación Activa es aquella en la que el representante emite una o varias declaraciones de voluntad. A grandes rasgos, la activa se da cuando el representante es quien emite y dirige la manifestación de voluntad hacia otro sujeto, quien actúa ostensiblemente en nombre del representado, haciéndolo saber al tercero.

Enneccerus Ludwig expresa al respecto que, en la representación, se llama “representante” al que emite o recibe por otro, al cual se le denomina “el representado”, una declaración de voluntad cuyo efecto inmediato debe afectar al representado. Según esto se puede distinguir la representación en la emisión (Representación Activa) y en la recepción (Representación Pasiva) de las declaraciones de la voluntad.⁵

Ludwig menciona, además, que existen ciertos requisitos para que se considere una representación como activa. Primero, el representante tiene que realizar el acto por su propia voluntad; y segundo, solo es representante el que ejecuta el acto en nombre de otro (aunque no es necesario que sea también en su interés). Es decir, el que declara que el acto debe valer a título de acción de otro y con ello que el efecto del mismo debe afectar inmediatamente al representado.⁶

⁵Enneccerus Ludwig, ‘Derecho Civil: Parte General’. Traducción de Blas Pérez González. Tomo II. (Barcelona, España, Editorial Bosch; 1950) 277.

⁶Ibid., p.252.

1.1.2.2 Representación Pasiva

El representante recibe una o varias declaraciones de voluntad. La pasiva se entiende en el momento que el representante recibe una declaración para otro, pues los efectos de ese acto voluntario afectan la esfera jurídica del representado. Manuel Albaladejo considera que es preciso que la declaración se perfeccione cuando llega a conocimiento del representante, el cual es su destinatario, sin que haga falta que posteriormente sea llevada a conocimiento del representado.⁷

1.1.2.3 Representación Legal

Albaladejo denomina la representación legal como voluntaria e, incluso, necesaria en algunas situaciones. Necesaria en sentido de que ninguno puede realizar un acto en nombre de otro sin estar debidamente autorizado, o sin que tenga por ley su representación legal. Y se considera en ocasiones voluntaria, ya que proviene de la voluntad del interesado.⁸ Por ejemplo, el padre, como representante legal de su hijo, debe ser capaz de manera legal y con una capacidad plena. En el contexto que aquí compete, la representación es legal y necesaria ante la incapacidad de un menor de edad de representarse.

1.1.2.4 Representación Judicial

Todo tipo de representación ordenada por un juez debe ser manifestada por el representante legalmente capaz y con capacidad plena. El proceso que se desarrolla judicialmente inicia una vez que se presenta el poder y se admite la personería, actúa el apoderado por su representado obligándolo como si él mismo hubiera actuado.⁹

⁷Manuel Albaladejo, 'Derecho Civil. Introducción y Parte General.' Tomo I. Segunda Edición; (Barcelona, España; Editorial Bosch) 381.

⁸Manuel Albaladejo, 'La Representación'. (Barcelona, España) 768.

⁹Guillermo Borda, 'Tratado de Derecho Civil: Parte General.' Tomo I, (Buenos Aires, Argentina; Editorial Abeledo Perrot;1999) 307.

La representación de los apoderados cesa por revocación expresa efectuada en el expediente, por renuncia, por cesación de la personalidad del poderdante o por muerte o inhabilidad del apoderado.

1.1.3 REQUISITOS/CARACTERÍSTICAS DE LA REPRESENTACIÓN

Estas características o requisitos son estrictamente necesarios de cumplir con el fin de que la representación no solamente sea válida, sino eficaz.

La capacidad es un requisito esencial del representante, pues en distintas situaciones puede darse que el representado sea una persona con algún tipo de capacidad especial, o una persona menor de edad. Se puede considerar suficiente —incluso— que la persona sea capaz de entender lo que implica la representación. El representado debe tener la capacidad legal de los actos que se le encargan. La intención es otro requisito necesario. Ermo Quisbert plantea que “el representante obre con facultad de representar, de manera más amplia, que debe notarse que no actúa por cuenta propia sino por un tercero”.¹⁰ Es decir, que su intención sea de cumplir en beneficio del representado, no propio. Y, por último, la voluntad. Es necesario que la voluntad del representante no esté viciada, porque se le podría considerar su anuabilidad. En palabras de Víctor Pérez, se conoce como voluntad “aquella facultad que nos determina a actuar con conocimiento del fin y de los motivos de la acción. En cuanto facultad es poder subjetivo, o más bien, una aptitud propia del ser humano”.¹¹

¹⁰ Quisbert. Op.cit, p.3.

¹¹ Víctor Pérez Vargas, ‘Voluntad y manifestación del negocio jurídico’; (San José, Costa Rica: Revista Judicial No.5, 1977) 104-105.

SECCIÓN 2. Orígenes de la responsabilidad parental y el desarrollo de la custodia

1.2.1 ORIGEN Y CONCEPTUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Para remontarnos a los orígenes de la Responsabilidad Parental, es necesario recurrir al origen de la Patria Potestad. Este concepto era una institución del derecho civil, que significó el poder del jefe de familia: “páter”, varón vivo más antiguo de la familia, que implicaba un conjunto de derechos sobre la persona y bienes de los filius, con pocas obligaciones. Se entendía por filius, raíz etimológica de hijo, no solo los hijos del páter sino también los nietos o bisnietos bajo su autoridad. Sólo podía ejercerla un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano.

Así lo expresa Gayo en sus Institutas según Di Pietro: “Están sometidos a nuestra potestas nuestros liberi que hemos procreado en justas nupcias. Este derecho es propio de los ciudadanos romanos, ya que casi no hay hombres que tengan sobre sus descendientes una potestad análoga a ésta que nosotros tenemos”.¹² Sobre esta afirmación de Gayo, cabe aclarar que no implica que en los otros pueblos los padres carecieran de poder sobre sus hijos, sino que alude a las características especiales de la patria potestad romana, notoriamente diferentes a las costumbres de otras regiones en relación con el vínculo paterno-filial.

Los hijos legítimos están sometidos a este poder; es decir, los nacidos de justas nupcias, al igual que el resto de los descendientes nacidos de sus hijos varones. Para determinar si un hijo ha sido concebido dentro de las justas nupcias, se estableció una presunción sin admitir prueba en contrario: iuris et de iure, definición de presunción de hecho y derecho. De manera más amplia, “puede definirse como aquella operación lógica por la que se tiene por acreditado un hecho desconocido a partir de otro sobre cuya existencia no existe duda, por su reconocimiento o prueba, que no admite prueba en contrario”.¹³ También determinó que el plazo mínimo de un embarazo era de 180 días y el máximo de trescientos.

¹² Alfredo Di Prieto, ‘Traducción y notas a las Institutas de Gayo’ (Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1967) 27.

¹³ Eugenio Llamas Pombo, ‘Código Civil y Leyes Civiles Generales’; (Madrid, España; Wolters Kluwer) 1.

Según los romanos, la maternidad era indiscutible, pero el padre era simplemente el que estaba casado con la madre. Por lo tanto, el matrimonio debería haberse configurado en los períodos en cuestión para que el hijo pueda adjudicárselo al padre, de lo contrario, éste podría impugnar su paternidad.

En los primeros tiempos, su facultad era tan amplia que podía disponer totalmente de la persona y bienes de sus filius. Esta potestad fue en moderación paulatina, limitándose particularmente en la Roma imperial, y sobre todo bajo la influencia cristiana. A fines del siglo II, el páter sólo podía ejercer una facultad correctiva.

La causa natural de extinción de la patria potestad era la muerte del páter o del filius, y otras situaciones como el *capitis deminutio*, que era el cambio de un estatus anterior. Lo anterior acaece de tres modalidades, pues la *capitis deminutio* o es máxima o es menor, que algunos llaman media, o es mínima¹⁴. La *capitis deminutio máxima*, es la pérdida de la libertad de cualquiera de ellos que extinguía el vínculo; la *capitis deminutio media* era la pérdida de la ciudadanía; y la *capitis deminutio mínima*, que se trataba de la pérdida de la calidad de *sui iuris* ya sea por adopción o adrogación.

Los caracteres más destacables en esta figura, de manera resumida según lo acotado anteriormente en la época de su origen, son:

- Origen patriarcal.
- La verticalidad de la relación, atenuada progresivamente.
- La centralidad de la potestad paterna.
- Alcanza a todos los hijos tanto biológicos como adoptivos, tanto matrimoniales como extramatrimoniales.
- Intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.

Se presentó una evolución con la influencia del Derecho Germánico, la aparición del cristianismo y posteriormente del Estado.

¹⁴ Jose Arias Ramos y Juan Antonio Arias Bonet, 'Derecho Romano'; (EDITORIAL DE DERECHO REUNIDAS S.A) 638 - 639, 879 - 880

La Patria Potestad que plantea el derecho germánico es fundamentalmente distinta a la romana en tres aspectos: su carácter temporal, su acentuado matiz proteccionista hacía los hijos (de manera más amplia, este segundo aspecto se refería al conjunto de obligaciones del padre con sus hijos y que debía ejercer para el bienestar de estos) y, por último, la participación de la madre en el ejercicio; con esto, se presentan los inicios de la autoridad o responsabilidad parental.

Como lo plantea Walter Ullmann: “la diferencia de que el jefe germano, antes de ser señor de la familia (en interés del padre), era protector de la misma (en interés del débil, y por lo mismo, del hijo): La potestad se convierte en una especie de tutela, mundium; el dominio del padre de familia es una guarda, maimbur.”¹⁵

Otro detalle que brinda el derecho germánico a la actualidad es que la madre ostentaba un poder con potencia sobre sus hijos que hacía valer al morir el padre. Con el paso de los años, el poder absoluto que el padre tenía sobre la vida de los hijos empezó a disminuir y con el comienzo de la dignificación de la mujer y el nuevo concepto de familia, el hijo empieza a adquirir cierta independencia y a ejercitar por primera vez su capacidad. Todas estas características se han fortalecido con el paso del tiempo, para reducir la tradicional concepción jerárquica patriarcal del instituto, y para incorporar al niño como sujeto y el interés superior del niño y la niña como principio rector. Como plantea Castán Vázquez, “...los derechos que al hijo se le iban reconociendo fueron cambiando el colorido de la patria potestad, dotando de reciprocidad a la relación, que fue progresivamente implicando deberes, y no solo derechos, para el padre. La patria potestad va así transformándose, dentro del Derecho, en una función en un officium”.¹⁶

En las últimas décadas, y en especial a partir de 1989 con la Convención sobre los Derechos del Niño, existe una tendencia a abandonar definitivamente los regímenes que aún quedan de patria potestad, para establecer aquellos denominados de responsabilidad parental o autoridad parental como se embarca en esta investigación.

¹⁵ Walter Ullmann, traducido por: María Dolores Ábalos. ‘Pensamiento político y organización política’; (Madrid, España. Ediciones Akal,1989) 18.

¹⁶José María Castán Vázquez, ‘El nuevo derecho de familia español’ (Madrid, España; Editorial Reus;1982)

El concepto se opone a la fuerza parental dirigida al padre y lo proyecta a un ámbito que amplía los derechos de las personas menores de edad. Como regla general, en ambos progenitores recae la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal solo esté a cargo de uno de ellos.

En el artículo dieciocho de la Convención de los Derechos del Niño, se confirma esta situación: "... pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".¹⁷

Por lo tanto, la obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Se contempla, además, que los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionados a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado. Las tareas cotidianas que realiza el progenitor (aquel que ha asumido el cuidado personal del hijo) tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención, el cual se ha convertido en un valor adquirido a la ruptura de la figura del patriarcado. Además, permite al hombre entrar en aspectos de la paternidad que antes no se contemplaban como prioritarios y que eran funciones de las mujeres en su totalidad.

1.2.2 NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica es una institución cuyo objetivo es el de asistir, proteger y representar a los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida. Gira en torno a una función que garantiza los mecanismos adecuados de control social de la institución familiar, imponiendo deberes y derechos.

¹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño. (New York, Estados Unidos, Organización de las Naciones Unidas, 1989)16.

Se refiere tanto a la persona menor de edad, como a sus bienes y tiende a conseguir el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que tienen tanto la madre como el padre sobre sus hijos e hijas.

La institución de la Responsabilidad Parental ha evolucionado desde la Patria Potestad hasta convertirse en un término que tiene como único propósito resaltar lo más importante: la protección y crianza íntegra del menor y que promueva la equidad en responsabilidad y participación de sus padres. Ignacio Galindo Garfias, sostiene la teoría de que “es un instituto necesario para la cohesión familiar, y está en desacuerdo en que se le considere como patria potestad, haciendo alusión a que no se trata de una potestad del padre sobre los hijos, como su nombre lo indica, sino de un conjunto de facultades y deberes que tienen tanto el padre como la madre en cuanto a la atención que deben a sus hijos, facultades y deberes que en ocasiones la propia ley señala, pasan a abuelos, abuelas, tíos, tías, u otras personas aptas para hacerse cargo de dar calidad de vida a la persona menor de edad”.¹⁸

La custodia consiste en el hecho de ejercer conjuntamente (la madre y el padre) autoridad sobre el hijo. Este concepto se opone al de "fuerza paternal" que garantiza la exclusividad de la autoridad del padre sobre toda la familia, incluida la madre. La custodia impulsa la igualdad de los derechos y deberes del padre y la madre en la educación de los niños. Durante el siglo XX, la mujer dejó de ser considerada una persona sin derechos jurídicos, salió a trabajar fuera de casa, a estudiar y fue ganando responsabilidad en la educación de los hijos que recaía en la figura del padre.

Desde el ámbito legal, el ejercicio de la parentalidad (el ser padres, el rol parental, el hecho de tener un hijo/a) se refiere a los derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres respecto de sus hijos. Desde la perspectiva política, la parentalidad remite a la administración del poder a lo interior de las funciones parentales y, en términos económicos, la parentalidad administra los bienes de los hijos mientras ellos sean menores de edad.

¹⁸ Ignacio Galindo Garfias, ‘Tres cuartos de siglo en el Derecho Civil Mexicano’ en Apuntes Jurídicos UNAM (sitio web) consulta realizada el 12 de agosto del 2017; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/889/4.pdf>

A la luz de lo que se expresa anteriormente, la parentalidad se refería a una configuración constituida por tres integrantes: madre, padre, menores de edad o dos adultos y un menor de edad. Remite a una configuración triangular y por lo tanto, a una lógica diferente a la contemplada en las nociones de función materna y función paterna.

Parentalidad alude a la actividad propia de los que ejercen como padres. Pero ni la madre ejerce función materna, ni el padre ejerce función paterna, sino función parental. Se vuelve un conjunto en el que no existen funciones o deberes específicos para cada figura, sino que cada uno debe velar por cumplir con el cuidado personal del menor o menores a su cargo. Por ende, el menor juega un papel más predominante en el cual sus intereses resaltan en las prioridades de los padres para cumplir con su responsabilidad.

Como menciona Nora Lloveras, “en este juego de intereses y de ejercicio del ‘poder de decisión’ que implica la autonomía de la voluntad, debemos hacer las siguientes aseveraciones, la autonomía de la voluntad de los padres está restringida por el interés superior del niño, y la autonomía de la voluntad de los niños, niñas y adolescentes deben ser tenidas esencialmente en cuenta conforme su capacidad progresiva”.¹⁹

Dentro de este razonamiento, los padres no son libres para ejercer plenamente la autonomía de la voluntad y su “poder de decisión” sobre las personas menores de edad, sino que están condicionados a ejercerla exclusivamente para salvaguardar los intereses preferentes y prioritarios de estas personas. Es por eso que la aparición de la llamada Responsabilidad Parental ha ido poco a poco evolucionando hasta desarrollar dentro de ella los aspectos personales de esa responsabilidad. Esa la custodia personal que nos atañe en esta investigación. Los padres, como representantes, custodian y vigilan el cumplimiento de los intereses de las personas menores de edad en los procesos. Es una representación legal que, como buscamos explicar, puede darse también a través de otras figuras de representación de personas menores de edad, que modificarían la figura de tercer interesado en un proceso, a uno más participativo y activo dentro de los distintos procesos.

¹⁹Nora Lloveras, ‘Manual de Derecho de las Familias’ (Buenos Aires, Argentina; Editorial Mediterránea;2016) 14.

Si se dividiera la naturaleza jurídica, de la Responsabilidad Parental, se podría realizar de la siguiente forma:

1.2.3 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

1.2.3.1 REPRESENTACIÓN: La cual se desarrolla anteriormente en este capítulo. La representación nace de la necesidad o la falta de capacidad de las personas menores de edad para actuar por sí mismos en distintas situaciones que pueden presentarse, ya sea frente a terceros, ante instituciones o en el ámbito legal.

La representación legal es una facultad-deber adscrita al mundo jurídico. Una ficción emparentada al reino de la legalidad como un modo de integrar la capacidad jurídica de aquellas personas que la ley considera que no son aptas para perfeccionar los actos jurídicos que ejecutan por sí solas.²⁰ Como función, viene a ser una extensión especializada del cuidado personal; como formalidad, viene a ser un requisito de validez de los actos jurídicos.

1.2.3.2 ADMINISTRACION DE BIENES

La normativa familiar se caracteriza por la administración, porque esta se ejerce en beneficio del hijo. El propósito esencial de esta administración es conservar el patrimonio de sus hijos para entregárselos a su libre administración cuando cumplan la mayoría de edad para utilizarlos.

El artículo ciento cincuenta y uno del Código de Familia establece en su texto lo siguiente: "...La administración de los bienes del hijo corresponde a aquél que se designe de común acuerdo o por disposición del Tribunal".²¹ La administración de los bienes del hijo es limitada, sujeta a reglas de intercambio de objetos.

²⁰ Cristian Palacios, "La Autoridad Parental: cuidado personal, representación legal y administración de bienes". Publicado en la Revista Jurídica Digital "Enfoque Jurídico" (2016).

²¹ 'Ley 5476: Código de Familia (San José, Costa Rica; 1973) 30.

Estas reglas, que se oponen a la discrecionalidad y arbitrariedad patrimonial de los padres, impiden que los padres enajenen los bienes de los hijos sometidos a autoridad parental. Es, más bien, a través de las causas que la ley prevé mediando la correspondiente autorización judicial.

1.2.3.3 CUIDADO PERSONAL/ ASPECTOS PERSONALES: Comprende, principalmente, el tener el hijo a su lado, reconociéndose la posibilidad de los padres de exigir que regrese al hogar. Cuando, por cualquier motivo, ha salido de ese hogar o ha faltado a algo dentro del mismo, puede corregirlo, lo cual implica imponer sanciones moderadas o razonables, que hagan posible la correcta orientación de los menores. Menciona Cristian Palacios que “no se trata solo de cuidar la realidad física del hijo, que desde la primera visión se agota en los límites del desarrollo corporal o individual del mismo, sino que es necesario invadir su atención relacional, que desde la segunda visión permite que esa protección trascienda los límites corporales del hijo, llegado a las instancias relaciones y espirituales con las que él se enlaza en la interacción permanente con sus semejantes”.²² Estas obligaciones son atendidas por ambos padres —estén unidos o no— en proporción a sus posibilidades económicas y en busca de lo necesitado y lo ofrecido.

La idea es cumplir con estos deberes de la mejor manera posible, brindándole al menor, no solo buen ambiente familiar, sino uno social, que facilite su desarrollo integral. Esto tiene su regulación correspondiente por la Ley de Pensiones Alimentarias, en el artículo ciento sesenta y cuatro, el cual amplía el paradigma de “crianza” a todo aquello que provea “sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, transporte, diversión y otros; conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos”.²³ La educación, por su lado, se diferencia de la instrucción. María Inés Varela de Motta indica, “pues educar se refiere a la conducta de los hijos, en cambio instruir se refiere a los conocimientos que adquieren como una enseñanza.

²² Palacios. Óp. cit. p. 69

²³ Ley de Pensiones Alimentarias. Op.cit. p.7.

Pero la instrucción pertenece a la educación como deber y derecho de los padres hacia sus hijos”.²⁴ Sin embargo, el deber de los padres incluye ambos aspectos. Se debe asumir el primero en forma personal y confiar, en la mayoría de los casos, la instrucción a un centro educativo.

Dentro de este cuidado personal, se destaca la custodia, el cual se conceptualiza como los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. Cuando los progenitores no conviven, la custodia del hijo puede ser asumida por un progenitor o por ambos. Puede darse la custodia en modalidad compartida, que puede tener dos modalidades: alternada o indistinta.

Será alternada cuando el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia e indistinto. Cuando el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo, las labores atinentes a su cuidado —es decir, la custodia— recae en cada padre cuando el menor esté bajo su guarda. Esto no excluye al otro padre de involucrarse en el cuidado. Federico Notrica y Mariana Rodríguez Iturburu refuerzan la idea de una custodia alternada, estableciendo que “el cuidado alternado es aquel en el que el hijo pasa períodos con cada uno de los progenitores”.²⁵ De igual manera, Osvaldo Felipe Pitrau afirma que:

“ambos padres conviven con sus hijos en períodos temporales sucesivos alternados por semejante extensión, si ambos progenitores poseen recursos equivalentes, cada uno se hará cargo de la manutención, mientras el hijo permanece bajo su cuidado personal. Solo se establecerá alguna cuota cuando uno de los progenitores posea mayores ingresos que el otro, para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares.”²⁶

²⁴ María Inés Varela de Motta, 'Manual de derecho de Familia'. Segunda Edición (Montevideo, Uruguay. Editorial Vineaak, 1998).

²⁵ Federico Notrica y Mariana Rodríguez Iturburu, 'Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas' para 'Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea' (Buenos Aires, Argentina; Infojus, 2014) 142.

²⁶ Osvaldo Felipe Pitrau, 'Alimentos para los hijos: el camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación'; para 'Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea' (Buenos Aires, Argentina; Infojus, 2014) 389.

Será indistinta, entonces, cuando el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones. Confirma este concepto Fabiola Lathrop: “el cuidado personal de los hijos se desgaja de la responsabilidad parental, transformándose en un derecho-deber independiente que, generalmente irá acompañado del ejercicio de la responsabilidad parental por parte del progenitor guardador, y de la titularidad conjunta de la misma con el otro padre o madre no custodio”²⁷. Esta distinción entre titularidad, que es conjunta, y ejercicio de la patria potestad, que es indistinta, lleva necesariamente a optar por una asignación conjunta e indistinta de las facultades-deberes que constituyen la responsabilidad parental.

En el caso de que el cuidado del niño se otorgue a uno solo de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo. El proceso de elección del progenitor que tendrá el cuidado personal del hijo especifica que debe elegirse al progenitor que facilite el derecho a mantener un trato regular con el otro progenitor. También entiende que debe ponderarse: la edad del hijo, la opinión, el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida de este. Con carácter excepcional, el cuidado personal puede asignarse a un tercero cuando concurren causas graves que determinen que, en interés del menor, la guarda y custodia sea encomendada a una tercera persona. Preferiblemente, los abuelos, parientes u otras personas que lo consintieran; de no poder contar con ellos, a una institución tutelar.

1.2.4 CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

1.2.4.1 IRRENUNCIABILIDAD

La custodia personal del menor puede considerarse como una función de orden público y no puede ser objeto de abandono ni de renuncia, puesto que implica el cumplimiento de las responsabilidades más consecuencias que tal hecho supone. Por ejemplo, su formación, mantenerlos y darle la calidad de vida considerable para que tenga un desarrollo cognitivo y social que le permita desenvolverse.

²⁷ Fabiola Lathrop Gómez, 'CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS';(Madrid, España; 2008) 582.

En palabras de García Presas, “no admite la dejación voluntaria de su contenido”.²⁸ En la legislación costarricense, el Código de Familia enfatiza en la irrenunciabilidad de esta obligación. El artículo ciento cuarenta y uno establece que “los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se refiera a la guarda, crianza y educación de los hijos”.²⁹ Además del señalamiento expreso, existen otras razones jurídicas que refuerzan la irrenunciabilidad del instituto, pues la misma se estipula para derechos subjetivos, los cuales se atribuyen en favor de quién los ejerce.

1.2.4.2 INTRASMISIBILIDAD

La figura de intrasmisibilidad es un reflejo del derecho-deber que se encuentra fuera del comercio de los hombres. Esta característica se confirma cuando ninguno de los padres puede acordar con un tercero para que asuma tal posición; deviene obligatorio para ellos su cumplimiento. Esta característica no impide a los padres celebrar contratos que les ayuden a realizar mejor sus funciones; por ejemplo, contratos con centros educativos, la guarda para ciertas horas, días, o incluso periodos para que la persona menor de edad cuente con un cuidado responsable en todo momento. En estas circunstancias, se conservan todos los derechos y deberes inherentes a la autoridad parental y deberán responder por las personas menores de edad en cualquier momento.

Esta característica se basa en los lazos afectivos que suponen existir entre los padres e hijos; resulta más beneficioso para el hijo crecer al lado de ellos, y así lo reconoce la legislación, convirtiéndolo en una obligación legal, de carácter personal. Tal y como se menciona en el artículo ciento cuarenta y uno del Código de Familia: “tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se refiera a la guarda, crianza y educación de los hijos”.³⁰

²⁸Inmaculada García Presas, ‘La patria potestad’. (Madrid, España; Editorial DYKINSON S.L; 2013)16.

²⁹ ‘Ley 5476: Código de Familia (San José, Costa Rica; 1973) 42.

³⁰Ibid., p.42.

O como lo plantea Federico Puig Peña “no puede ser objeto de excusa, puesto que está asignada a los padres, en virtud de los supremos principios de la moral familiar y la acción social del Estado, que la articulan ellos como sujetos a quienes corresponde con exclusividad”.³¹ Todo lo anterior lo confirma en sus obras Alberto Brenes Córdoba:

“es intransmisible por convenio, tanto debido a no ser cosa que está en el comercio de los hombres, como por significar más que nada, deberes que pesar sobre los padres. De ahí que ninguno de estos sea permitido despojarse voluntariamente en favor de otra persona, de los atributos que dicha potestad comprende. Lo único que le está permitido, cuando las circunstancias a ello lo obligaran, es que pueda confiar a un allegado y hasta a un extraño, la guarda y crianza de los hijos, pero conservando siempre la potestad paterna, de la cual no hay por otra parte, manera de despojarse, sino mediante sentencia de los tribunales debido a incumplimiento de sus deberes, o de otras graves causas puntualizadas por ley.”³²

Se debe comprender esta característica a la luz de la posibilidad de que los padres pierdan el ejercicio de la autoridad parental por incumplimiento de sus obligaciones, o que exista incluso la situación en la que les sea disminuido su contenido. Como plantea Brenes Córdoba, siempre y cuando exista sentencia judicial que así lo disponga y la posibilidad de que el menor sea asistido por otra persona, que se encargaría de los deberes, ya sea por adopción (en caso de que se declare en estado de abandono), por tutoría u otras situaciones legales variadas.

En caso de que se presente un divorcio, una separación o una situación en la cual se vean involucrados los menores de edad (y medie un contrato que nazca de las circunstancias entre las partes), no se pueden derogar o eximir las obligaciones de ambos padres con sus hijos. Ellos únicamente tienen como finalidad fijar o definir algunos aspectos de la autoridad parental.

³¹Federico Puig Peña. ‘Tratado de Derecho Civil Español’. Tomo IV. Volumen 1. (Madrid, España; Editorial Revista Derecho Privado) 574.

³²Alberto Brenes Córdoba, ‘Tratado de las personas’ (San José, Costa Rica; Editorial Costa Rica; 1974) 212 y 213.

En todo caso, ese convenio no es definitivo ni tiene que ser respetado por los tribunales, como lo sería otro tipo de convenio; esto en favor del interés superior del niño, que, además, puede ser dejado sin efecto o modificado por el tribunal de ser necesario.

1.2.4.2 IMPRESCRIPTIBILIDAD

La autoridad parental es imprescriptible porque los padres están en la obligación de ejercerla durante toda la minoría de edad del hijo, sin que se extinga por ninguna razón, excepto las causales que la misma ley indica. La razón de imprescriptibilidad es lógica, ya que está estipulada únicamente para derechos reales y personales. Tal y como lo confirma Castán Vázquez, “no nos parece posible la aplicación de conceptos de prescripción y decadencia de la patria potestad; la prescripción extintiva se aplica a los derechos reales y personales, pero no a los familiares”.³³ Y aun cuando alguno de los padres estuviera en una situación que lo incapacite para el ejercicio de la paternidad, al desaparecer la incapacidad se recobraré el ejercicio de la misma. Esta recuperación no se produce en nuestro ordenamiento en forma automática; al desaparecer, existe la necesidad de realizar una declaratoria judicial.

Existe también la situación en la cual, se realiza una extensión de la guardia y de la educación. Ahí, si la persona mayor de edad se encuentra cursando estudios, los padres se encuentran en obligación de seguir cumpliendo con la educación de sus hijos —si estos cumplen requisitos— como la continuidad y excelente rendimiento, esto hasta la edad de 25 años.

Incluso, puede presentarse la situación en la que las relaciones entre padre-madre-hijos se deterioren, pero no por ello prescriben. Messineo plantea que “algunos derechos familiares están sujetos a decadencia; pero ninguno es prescriptible”.³⁴ Por lo tanto, el no ejercicio o el ejercicio parcial de la responsabilidad parental o específicamente de la custodia, no provoca la prescripción.

³³José María Castán Vázquez, ‘El nuevo derecho de familia español’ (Madrid, España; Editorial Reus;1982)

³⁴ Francesco Messineo, ‘Manual de derecho civil y comercial. Volumen 3. Derechos de la personalidad. Derecho de la familia. Derechos reales’; edición traducida (Buenos Aires, Argentina; Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América,1971)

1.2.4.4 INMODIFICABILIDAD

La inmodificabilidad es la característica otorgada por la legislación (y no es un tema que en doctrina sea tratado de manera independiente) que se refiere a la imposibilidad de los sujetos para modificar el contenido de autoridad parental por convenio, con las excepciones del caso. Por ejemplo, la disminución de su contenido en casos de divorcio, donde es uno de los cónyuges el que se hace cargo de la guarda, crianza y educación de los hijos; y el otro, a pesar de ejercer la autoridad parental, ve limitado su contenido. El Código de Familia, en el artículo ciento cuarenta y uno, lo especifica y aclara que “los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad (...) tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se refiera a la guarda, crianza y educación de los hijos”.³⁵

Por eso, se considera esto como otra característica, pues de no ser por la situación expresada, los padres no podrán acordar con sus hijos el no hacerse cargo, de los deberes y responsabilidades de esta institución. Por supuesto, lo anterior debe entenderse dentro de las distintas posibilidades de las partes, sin que la pobreza extrema, la incapacidad u otras situaciones fortuitas sean eximentes de las obligaciones.

1.2.4.5 TEMPORALIDAD

Se presentan distintos casos dentro de la temporalidad, el más común es el de la mayoría de edad. También existen el matrimonio asentido por los padres, que declara de manera directa una emancipación de las personas menores de edad; el caso de alguna incapacidad de los hijos, el ejercicio se realiza hasta los dieciocho años; si se solicitara la declaratoria de interdicción y el inicio del ejercicio de la curatela por los padres, como figura protectora o sustitutiva de la autoridad parental.

³⁵ Código de Familia. Op. cit. p. 28.

En el Código de Familia, en el artículo ciento cincuenta y ocho, vemos estos casos:

“La patria potestad termina por el matrimonio o la mayoría adquirida, por la muerte de quienes la ejerzan, por la declaratoria judicial de abandono, que se produzca por encontrarse la persona menor de edad en riesgo social y no exista oposición de los padres o cuando, suspendido el derecho, ellos no demuestren haber modificado la situación de riesgo...y cuando la persona menor de edad haya sido objeto de violación, abusos deshonestos, corrupción o lesiones graves o gravísimas de quienes la ejerzan.”³⁶

La temporalidad se fundamenta en el reconocimiento de la capacidad y responsabilidad que adquieren los menores al llegar a su mayoría de edad o de manera gradual conforme van creciendo. Capacidad y responsabilidad que puede ser reconocida en los juzgados para que todos esos elementos naturales de la custodia sean preservados y se afiancen más con el paso del tiempo, y con una legislación inclusiva a los interesados directos. Legislación que será base del análisis del siguiente capítulo.

³⁶ Código de Familia. Op.cit. p. 32.

Capítulo 2. Situación actual de los procesos de Custodia Personal con respecto a la participación de las personas menores de edad en nuestro país, y situación en los sistemas judiciales internacionales.

Sección 1. Análisis de la base sustantiva de la Custodia Personal del Código de Familia; y los procesos con la propuesta del nuevo Código Procesal de Familia.

Antes de desarrollar lo que maneja cada código, se debe tener claro que la capacidad jurídica es de todas las personas, pero la capacidad de actuar se encuentra limitada por la norma. Esta capacidad de actuar se encuentra al mismo nivel que la capacidad procesal, por lo que personas con algunas capacidades especiales y los menores de edad se encuentran limitados a actuar a través de sus representantes, padres y otras figuras que se desarrollaran durante los capítulos siguientes.

2.1.1 CÓDIGO DE FAMILIA

En el tema en investigación, el Código de Familia es básicamente la parte sustantiva, por lo que durante todos estos años la parte procesal se fundamentó en el Código Procesal Civil. Si bien este Código es de gran utilidad, tiene un enfoque dirigido más a los bienes y no considera situaciones que se pueden presentar tratándose de personas como en el derecho de familia.

El Código de Familia fue promulgado en el año 1973, en vista de la necesidad latente de impulsar un código que rigiera los procesos que buscaban legitimar la filiación, la separación judicial y el divorcio. Todo lo referente a la paternidad y autoridad parental, se encuentra en el título tres del código, desde las características de la responsabilidad parental, hasta la administración de bienes y los negocios del menor.

En lo que interesa a esta investigación, se puede analizar la representación y participación de las personas menores de edad en el artículo 140, que plantea: “Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial”.³⁷

Es decir que los menores tienen participación y representación proveniente de sus padres y, en caso de oposición, de sus representantes. El mejor puede verse representado por un curador especial, que puede ser el Patronato Nacional de la Infancia (PANI), o es asignado directamente por el juez. Es en este artículo donde se puede abrir el portillo. Si bien es cierto, no es un defensor judicial, es más en torno a cuando se establece que alguien ajeno a la situación puede tomar la representación del menor.

Todo esto se ve reforzado por el artículo 120, en el que se establecen las partes del proceso, propiamente de una situación de abandono:

“Se tendrá como parte en el proceso a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela sobre la persona menor de edad. Si estas personas no pueden ser encontradas o si se trata de menores de edad huérfanos que no están sujetos a tutela, el Juez nombrará a un curador ad-hoc para que asuma la representación de la persona menor de edad. En todo caso, se les avisará de inicio de las diligencias mediante una publicación en el Boletín Judicial.”³⁸

Esta situación también se ve fundamentada en la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, en el artículo cuatro, inciso ele, que establece la atribución del patronato de “representar legalmente a los menores de edad que no se encuentren bajo autoridad parental ni tutela”.³⁹ En el mismo artículo, inciso ca menciona: “intervenir como parte en los procesos judiciales y administrativos en que esté vinculada cualquier persona menor de edad que requiera esa intervención, para que se le garantice el disfrute pleno de sus derechos”.⁴⁰

³⁷Código de Familia. Op.cit. p. 75.

³⁸ Ibid. p.67.

³⁹ Ley 7648: Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (San José, Costa Rica; 1996) 3.

⁴⁰ Ibid. p. 3.

En el Código Procesal Civil, en el artículo 19, inciso 2, se habla de la capacidad y representación en procesos ordinarios y sumarios:

“Tendrán capacidad procesal quienes conforme a la ley posean capacidad de actuar. La capacidad, la participación y las garantías procesales de las personas menores de edad se regirán por lo que dispone el ordenamiento jurídico atinente a personas menores de edad y adolescentes. Quienes conforme a la ley no tengan capacidad procesal gestionarán, por medio de sus representantes o de las personas autorizadas según la ley, sus estatutos o la escritura social. Los representantes deben demostrar su capacidad procesal desde su primera gestión.”⁴¹

Se debe estar claro que, primero, se reconoce necesario que los menores, sin importar la circunstancia, no se queden sin representación y protección; y segundo, que a pesar de que se hable de representación legal del PANI⁴², no se habla de que sea para una participación directa o para que su voz sea concreta en los procesos en los que están involucrados, sino para que exista una representación hasta ese momento indirecta, porque se toma al patronato como parte, no al menor.

En el Código Procesal Civil, en el artículo 857, se plantea la figura del tutor, “si no hubiere pariente obligado a desempeñar la tutela, o si ninguno de los obligados a ella la aceptare después de ser requeridos por segunda vez, o en el caso de que no pudieren desempeñarla por comprenderles algunas de las causas de incapacidad señaladas en el Código de Familia, o si tuvieren motivo legal de excusa, el juez procederá a nombrarle tutor dativo al menor”.⁴³ Estos acercamientos son los primeros pasos para que eventualmente se plantee la necesidad de una representación íntegra del menor, en la cual se vele por sus intereses de manera completa y sea realizado por una persona especialista, para obtener los mejores resultados en el proceso.

⁴¹ Código Procesal Civil Op.cit. p.189.

⁴² De ahora en adelante se utilizarán en la mayoría de las ocasiones las siglas del Patronato Nacional de la Infancia, PANI, para referirse al mismo.

⁴³ Código Procesal Civil, Op.cit. p.99

Existen situaciones en las cuales no se respeta el interés superior del niño, debido a que no existe una representación que vele por el mismo o se trata de una representación deficiente. Un ejemplo de dicha situación es el voto 28-94 de las catorce horas cuarenta minutos del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en el considerando quinto, que plantea:

“Considerando los antecedentes del caso, la situación actual del menor, las perspectivas de su desarrollo como persona que pueden vislumbrarse en el seno de la familia donde se encuentra y la incertidumbre en que se coloca con la medida acordada de entregarlo al poder de sus padres biológicos, debe concluirse que los jueces no atendieron a su interés superior y con ello vulneraron aquellas normas legales...”⁴⁴

Es posible concluir que, si existiera un representante idóneo para la persona menor de edad con el conocimiento necesario, tal vez no se hubiera expuesto al menor a una situación en la que su interés se violentara. Una persona que velara por el cumplimiento de la norma. Es importante analizar, además, en conjunto con este considerando, el considerando número siete, que menciona: “la patria potestad les corresponde a los padres; ese poder-deber puede suspenderse o modificarse, a juicio del Tribunal”.⁴⁵ Es decir, no es solo responsabilidad de los padres o tutores de una buena representación, sino que es un acto que debe estar vigilado, protegido por el tribunal a cargo y por el Estado.

⁴⁴ Sala Segunda de Costa Rica. Voto 028-94 (San José, Costa Rica;1994) considerando 5.

⁴⁵Ibid. considerando 7.

El interés superior del menor debe ser fomentado por todos los involucrados en los procesos y su custodia personal debe ser prioridad. Prioridad que se establece en el artículo tres de la Convención de los Derechos del Niño, el cual, según el artículo siete de la constitución costarricense, tiene rango supralegal, y que incluso se puede establecer como un principio unívoco;

“...en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos administrativos, una consideración especial a que se atenderá será el interés superior del niño...”⁴⁶

Aquí es clave señalar que la responsabilidad no es de nadie más que de los Estados y de los adultos. Son ellos quienes deben velar por el bienestar de los niños y las niñas del mundo, especialmente en lo que refiere a impedir y limitar lo más posible el involucrar a menores de edad en actividades ilícitas puedan implicar un perjuicio tanto físico como para su psique. Resultan daños que muchas veces se reproducen y mantienen a lo largo de la vida de la persona si el niño no es protegido y cuidado como corresponde.

Más adelante, en el Código de Familia, se plantea otra posibilidad en la cual se habla acerca de la administración de bienes y negocios del menor. En el artículo ciento sesenta y dos, se menciona que, al no existir un representante por motivo que se encuentre incapacitado, puede nombrarse un representante legal que se haga cargo.⁴⁷ Esto debido a que se trata de la posición del menor en calidad de acreedor, deudor, comprador o vendedor, según la situación.

⁴⁶ Convención sobre los Derechos del Niño. (New York, Estados Unidos, Organización de las Naciones Unidas, 1989) 11.

⁴⁷Código de Familia (San José, Costa Rica; 1973) 84.

Pero la representación legal que hace alusión a un representante letrado, debería abarcar todos los ámbitos en los cuales el menor tiene participación, con el fin de evitar violaciones a sus derechos, como se insiste en esta sección. Procesalmente, existirían varias opciones de representación: la figura del curador ad-hoc que se plantea en el proceso de abandono; y la figura del PANI a cargo de los menores y el tutor que propone el Código Procesal Civil, es decir que al asumir en el proceso la necesidad de participación del menor, se asume que debe ser representado.

El Código Procesal Civil, plantea que los menores deben ser representados y que, al ser representados por una persona que no es su responsable, esta debe demostrar su idoneidad para ejercer dicha representación. Considerar un abogado para realizarlo no estaría descabellado, más tratándose de un proceso de custodia por el interés del meos en el cual se necesita que los intereses del menor se sobrepongan a algún conflicto existente entre padres o tutores.

2.1.2 PROYECTO CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA

En Costa Rica, el Código de Familia fue promulgado en un intento por mejorar la situación de los conflictos que se desarrollaban en la materia. No se contaba con que el cambio, tanto en políticas sociales como culturales, iba a exigir una renovación en la legislación, no solo para reforzarlo en áreas de divorcio, filiación o tutela, sino además en el reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad. Esto lo trae a colación esta investigación, la cual nace con el proyecto de código procesal.

Existe una necesidad de plantear un proceso especial en temas de familia por varias razones. Si bien lo que se plantea en el Código Procesal Civil es útil para esta rama del derecho, tiene un enfoque menos humano y con poca conciencia social. Está dirigido a procesos entre personas en las cuales gira en torno a situaciones patrimoniales.

Pero el derecho de familia implica relaciones interpersonales, división de familias y menores de edad involucrados. Si bien se manejan bienes, su eje central es equilibrar esas relaciones y dar la mejor calidad de vida a todos aquellos involucrados en los procesos. Por lo tanto, el Código de Familia se ve complementado de manera íntegra con el proyecto de Código Procesal de Familia, que viene a dar la perspectiva procesal necesaria para la materia y lo que conlleva cada proceso y las personas involucradas.

En el Proyecto de Código Procesal de Familia se encuentran cambios en el ámbito procesal con respecto de la capacidad procesal y la representación de personas menores de edad en los procesos generales, no sola en aquellos en los que se define su custodia. En el artículo 40 del proyecto, se menciona el reconocimiento de la capacidad procesal de toda persona que es parte del proceso. Podría considerarse que es un reconocimiento del interés superior del menor y la necesidad de su participación activa en los procesos; pero “aquellas personas que por disposición de ley o por su condición personal no tengan capacidad procesal y las personas jurídicas actuarán por medio de legítima representación”.⁴⁸ A partir de este artículo, se considera la necesidad de una representación no solamente de personas con capacidad especial, sino de las personas menores de edad con el mismo propósito de proporcionar la participación en los procesos de custodia, algo que se ve en el código procesal civil y que se rescata para este proyecto.

Esta representación, como se ve en el artículo 41, nos pone dos vías de análisis sobre este proyecto. La primera es el reconocimiento de la capacidad de ejercicio personal de personas mayores de doce años; y segundo, la necesidad de que una persona menor de doce años se vea representada en los distintos procesos.

Con respecto a la primera vía, el 41 del proyecto, menciona que “se reconoce a todas las personas mayores de doce años el ejercicio personal y plena de la capacidad procesal para el trámite de los procesos establecidos en este código, sin perjuicio de que prefieran que sus padres u otras personas representantes actúen en su nombre”.⁴⁹

⁴⁸ Proyecto de ley: Código Procesal de Familia (San José, Costa Rica; 2014)24.

⁴⁹ Ibid. p. 24.

El simple hecho de reconocer esto demuestra cómo refuerza proyecto la capacidad progresiva o el Principio de Autonomía Progresiva. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha subrayado de manera reiterada el principio de la creciente autonomía de la niñez, así como la necesidad de respetar el ejercicio independiente de sus derechos. Además, establece que la evolución de las facultades como principio habilitador se basa en los procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, facultades y la comprensión de su entorno; en particular, de sus derechos humanos. Es decir, los menores de edad ejercen sus derechos de manera progresiva en la medida en que van desarrollando un mayor nivel de autonomía.

Esto queda fundamentado en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.”⁵⁰

Queda claro que la evolución de sus derechos procesales no solo va a ir aumentando según aumenten sus facultades, sino que se toma como responsabilidad de los padres, tutores y otros, orientar y fomentar que esas facultades sean desarrolladas en un máximo potencial. El “derecho a ser escuchado” es parte de ese desarrollo potencial y el que permite que en el ámbito legal las decisiones que se tomen sean más beneficiosas para el menor.

⁵⁰Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. (New York, Estados Unidos, Organización de las Naciones Unidas, 1989)

En el artículo 12 de la convención, en el inciso dos, se especifica la necesidad que el menor posea una voz en el ámbito legal;

“Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”⁵¹

Este principio también pretende hacer de los derechos de los niños “derechos efectivos”, que puedan ser ejercidos y determinados por ellos mismos. El énfasis es que, en la medida en la cual se desarrolla la capacidad de madurez del niño para ejercer sus derechos con autonomía, disminuye el derecho de los padres a tomar decisiones por él. Si toman las decisiones por ellos, que sean las más idóneas para su desarrollo cognitivo y emocional. No obstante, esto no equivale a transferir a los menores de edad las responsabilidades de un adulto. Esto quiere decir que el reconocimiento de su poder de decisión o la aceptación de su capacidad progresiva no implica que se avale una vulneración a las protecciones que estos merecen. Por tanto, es deber del Estado verificar que dicha autonomía no restrinja los derechos de los niños, pues aún se presume su inmadurez y vulnerabilidad.

Procesalmente, podría aplicarse de la siguiente manera: se inicia el proceso y uno de los primeros aspectos a considerar es la edad del menor implicado. Con esto, se categoriza por edad y, de esta forma, se define la representación y los distintos estudios o exámenes necesarios para tomar el proceso de manera óptima, y así, iniciar con el proceso de audiencias y posibles conciliaciones.

⁵¹ Ibid. p.24.

La otra vía que expone el artículo 41 es la necesidad de que una persona menor de doce años se vea representada en los distintos procesos. Esta vía va igualmente dirigida a la necesidad de que el menor sea escuchado dada su situación etaria, como dice el artículo: “tratándose de personas menores de doce años de edad, la autoridad judicial llamar a quien ejerza la responsabilidad parental o bien, a quién asigne el Patronato Nacional de la Infancia’... ‘podrá nombrársele presentación provisional hasta tanto el ente mencionado apersona a la persona elegida”.⁵²

Una excepción que plantea el mismo artículo —que abre incluso más el parámetro de participación— es que “las personas menores de doce años podrán accionar en forma personal. En este caso, para el inicio del proceso, el tribunal deberá contar con un informe psicológico que acredite que la persona menor de edad tiene la capacidad para ejercer dicha acción”.⁵³ Estos nuevos procesos son multidisciplinarios para crear un sistema eficaz en el cual la participación del menor no se vea viciada y sea totalmente apegado a la realidad del menor.

Esto es otro portillo para que exista un representante legal no solo de las personas mayores de doce años, sino para todos los menores, ya sea a solicitud de tribunal o solicitud de parte. El reconocimiento de esta necesidad de representación nace en la búsqueda de una participación legítima y con conocimiento justo para no dejar de lado ningún detalle que pueda violentar los derechos del menor. Todas las ideas se ven fundamentadas en que es importante mantener estos preceptos claros y que deben ser regidos bajo la ley y la apreciación del tribunal.

Cuando se profundiza más en la figura de representación de las personas menores de edad, en el artículo 42 del proyecto se habla de la asistencia y patrocinio letrado, en el cual se busca que el Estado garantice el patrocinio letrado de las personas menores de edad que carezcan de medios suficientes.⁵⁴

⁵²Ibid. p. 24.

⁵³Ibid. p. 24.

⁵⁴Ibid. p. 25.

Esto plantea la apertura de que, además de sus padres como representantes legales, o el Patronato Nacional de la Infancia en su obligación de cubrir la representación legal de los menores, cabe la posibilidad de que exista ese patrocinio letrado el cual cubra con las necesidades y el principio de poner el interés superior del menor como prioridad en los procesos que se le solicite. No afecta ni irrumpe el papel del Patronato Nacional de la Infancia; es una función conjunta para la mejora de la participación de los menores de edad, y permite que el patronato se concentre en funciones necesarias para mejorar la calidad de vida de menores que ya tiene a cargo u otros que se presenten en el futuro.

Pero el artículo no plantea una figura como tal para que funja como patrocinio letrado. No fomenta la creación de un profesional especializado que se encargue de los procesos, que tenga conocimiento pleno de derecho en temas de personas menores de edad, tanto nacional como internacionalmente. Es claro que estaría a cargo de un abogado, pero, así como existen figuras para materias específicas, podría plantearse la figura específica para la materia, propuesta que veremos en el siguiente capítulo.

Se puede considerar que deben existir garantías mínimas para que se dé el funcionamiento debido del patrocinio letrado. En el artículo 43 del proyecto se plantea que las garantías son todas aquellas que se establecen en la convención de los derechos del niño, leyes costarricenses y otros tratados internacionales⁵⁵.

Por ejemplo, en el Código de Niñez y Adolescencia, en los artículos 5 inciso a, y el artículo 9 se habla del interés superior del menor, específicamente su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.⁵⁶ El Código de Niñez y Adolescencia reconoce que los menores de edad son sujetos de derecho y, por lo tanto, parte íntegra del proceso para ser representados por medio de profesionales en derecho como realidad factible e incluso necesaria para garantizar su interés.

⁵⁵Ibid p. 25.

⁵⁶Ley 7739: Código de la Niñez y la Adolescencia (San José, Costa Rica; 1998)2.

En el mismo código, en el artículo 9⁵⁷, se plantea el trámite o aplicación preferente, en casos de duda. Debe aplicarse la norma más favorable para que garantice tanto la justicia pronta y cumplida, así como el respeto a la integridad del menor y la necesidad de que tenga la mejor condición de vida. Esto en conjunto con el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual habla de la voz del menor en un ámbito legal, para crearle un círculo de protección y fomentar su participación estable y fundamentada en los procesos que le conciernen.

2.1.3 Análisis del alcance de la representación y participación de las personas menores de edad.

El ejercicio de la función jurisdiccional implica un sistema de garantías basado en la Constitución Política, por lo cual el proceso visto como realidad implica la puesta en práctica de las garantías contenidas en las leyes, comprometidas con la aplicación y validez de los derechos constitucionales de los ciudadanos consagrados en la actualidad. No es suficiente con la elaboración de normas claras que recojan los pasos a seguir, establecidos para alcanzar un fallo justo en cada causa que se presenta. También se requiere que las regulaciones proporcionen la posibilidad de un proceso digno y humanitario, sobre bases y principios democráticos. Es preciso que tales normas y formas de proceder se apliquen con el sentido que las inspiran para que se pueda llegar a una decisión correcta. En el caso de esta investigación, para conseguir la calidad de vida de la persona menor de edad, resulta la decisión más idónea para su custodia personal y la búsqueda de una representación letrada para mejores resultados en los procesos.

Como aclaración, representación y patrocinio letrado son dos cosas distintas. La representación es aplicada en aspectos patrimoniales, legales, de administración de bienes, entre otros. Por otro lado, el patrocinio letrado nace de la necesidad de tener un representante legal en un momento o para un tema específico.

⁵⁷Ibid. p. 4.

Si bien el código de familia menciona que, en distintas situaciones, existe la necesidad de un representante (entiéndase alguno de sus padres o un tutor o representante nombrado por un tribunal), se habla de la necesidad de priorizar el interés superior del niño. Sin embargo, no se cuenta con un artículo que mencione directamente la participación activa de los menores en procesos de su custodia personal. Este detalle crea la incógnita de si realmente la representación que se plantea el código es la ideal para llevar a cabo el cumplimiento de las leyes y tratados.

Hasta ese momento, no se tiene como una posibilidad una representación para la persona menor de edad, legal y con el conocimiento suficiente. Esto a pesar de lo que establece la Convención de los Derechos del Niño en su Artículo 12, en relación con el artículo 33 Constitucional, sobre los derechos del Niño y la niña, a ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte y sobre la igualdad ante la ley y trato sin discriminación. La norma sustantiva no desarrolla esta área porque, en su momento, la mayoría del desarrollo del procedimiento recaía en el Código Procesal Civil. Con la aparición del proyecto de Código Procesal de Familia, se realza la necesidad de que la persona menor de edad tenga derecho a ser oído, tal y como lo plantea Yudy Pilar Campos Gutiérrez: “el derecho a ser oído en los procesos judiciales y administrativos, o en las decisiones que les afecte, constituye un derecho fundamental de la persona menor de edad. Es un derecho que es válido no solamente ante esas instancias institucionales, sino en los mismos hogares, frente a los progenitores o encargados de estas personas”.⁵⁸ En el mismo texto menciona:

“En otros términos, este derecho debe verse desde los dos ángulos, sea simplemente externar la opinión en un asunto de especial interés para la persona menor de edad, en la cual ha de cumplirse el requisito de que sea un proceso que le afecte y que el menor exprese su opinión. Y el segundo cuando la persona menor de edad por sí misma ejerce el derecho actuando como sujeto procesal en defensa de su derecho, sin la representación de sus padres o encargados.

⁵⁸ Yudy Pilar Campos Gutiérrez, ‘Participación de las personas menores de edad en procesos familiares a la luz del anteproyecto de la ley procesal familiar’ (San José, Costa Rica)20.

Ahí es donde se debe garantizar que la persona menor de edad tenga acceso a la justicia sin dificultad y que para garantizar la efectividad del derecho, el Estado facilite un abogado, pues debe haber garantía del debido proceso legal en todas las etapas del procedimiento y en todas sus instancias, debe ser un abogado con conocimiento de la materia de niñez, pues debe garantizarse un trato personalizado y acorde con las particulares características de la persona menor de edad.”⁵⁹

En estas referencias existen dos tipos de defensa para las personas menores de edad: la defensa material, en la cual se hacen presentes por un representante, tutor, padre u otro familiar, pero los menores en su derecho a ser escuchados ejercen su opinión, por lo cual, tiene una participación en el proceso de manera indirecta. En la segunda situación, se habla de una defensa técnica, la cual conlleva una defensa de un abogado con conocimiento del área que velará por los intereses de los menores en el proceso.

El proceso con ambas defensas sería muy distinto: con la defensa material, puede que la representación este sesgada o parcializada; aunque sí se escuche la opinión, es de manera indirecta. Con la defensa técnica, la persona representante está encargada de una sola cosa: que las pretensiones y la participación de los menores sean claras, y tomadas en cuenta a la hora de la sentencia.

Esa apertura del manejo de la custodia, con respecto al reconocimiento de la voz del menor (su derecho a ser escuchado) en el proyecto de Código Procesal de Familia, va de la mano con la justicia que tenga como fin la búsqueda de la restauración. Con esto se afirma la necesidad de una unión en la crianza y la educación, una vida estable tanto física como mental de un menor de edad con una voz, ya sea en una situación de divorcio, de abandono o de agresión.

⁵⁹ Ibid. p. 24

Otro punto de análisis en el proyecto de código procesal es la capacidad progresiva reconocida como una posibilidad de apertura en la participación en el análisis que se realiza durante un proceso de custodia personal. En el proyecto del nuevo código, que incluso hace acotaciones según rangos de edad, el alcance y las posibilidades que se dan en cada una de las situaciones.

Sección 2. Situación de las personas menores de edad y su participación en sistemas judiciales internacionales.

2.2.1 ESPAÑA

En la Constitución Española de 1978, se da inicio a reformas importantes en el derecho de familia cuando se reconoce y se le da el valor de calidad de persona, a las personas menores de edad. Es así cuando se da un ascenso al área jurídica de nuevos valores sociales y éticos.

Por ejemplo, la dignidad de la persona, la protección integral de los hijos, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos inviolables resultan inherentes a los menores. La afirmación de que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos ha hecho que se deba desarrollar en la legislación interna —en este caso, la Constitución— sobre estos valores y principios.

El artículo 39 de la Constitución Española, en el inciso 2, señala, “los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.⁶⁰ Este inciso es el reconocimiento de todas las personas menores de edad, sin exclusión por las situaciones en que se puedan encontrar; y deja claro que la ley debe posibilitar cualquier método que mejore, aclare o defienda al menor, para velar por su protección.

⁶⁰ ‘Constitución Española.’ (Madrid, España; 1978)17

El inciso 4, es el reconocimiento del derecho internacional en la constitución y la obligación del estado español de cumplirlo a cabalidad, acuerdos internacionales que también aplican en nuestro país. “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.⁶¹

En España hay un pleno conocimiento y desarrollo de la participación de las personas menores de edad. Su representación se desenvuelve en la legislación de muchísimas maneras; por lo tanto, existen gran cantidad de posibilidades en la cuales el menor, no queda sin protección, defensa, o no ven violentados sus derechos humanos. La esfera de derechos de los menores de edad se ven respaldada por sus leyes.

El defensor judicial tiene como características básicas: ser un cargo esporádico, comparado a la relativa continuidad de la tutela o la curatela, y, al mismo tiempo, compatible con la existencia de los restantes mecanismos tutelares e incluso con el ejercicio de la patria potestad por los progenitores del menor. En caso de entelequia de tutela, existe una excepción a la participación de un defensor judicial. No se nombrará uno, sino que la representación y defensa de la persona la asumirá directamente el Ministerio Fiscal Español; además, el juez podrá designar un administrador de los bienes si de esto se tratara el proceso. En consecuencia, la sustitución temporal del tutor corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y al administrador.

El artículo 215, señala lo siguiente: “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante: La tutela, la curatela o el defensor judicial”.⁶² En el derecho español, existe la posibilidad de que un proceso de custodia personal se presente por medio de un defensor judicial; es decir que el menor puede estructurar su petición ya sea por su situación, sus bienes o su persona por medio de patrocinio letrado, el artículo 299 del mismo código, establece los supuestos en los cuales se designará un defensor judicial, cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador.⁶³

⁶¹Ibid. p. 17

⁶²Código Civil Español (Madrid, España; 1889: actualizado en 2017)92.

⁶³ Ibid. p.108.

El caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por Ley sin necesidad de especial nombramiento, para representar y amparar al menor o incapacitado. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñara las funciones que le corresponden, hasta que cese la causa determinante se le designará otra persona para desempeñar el cargo.⁶⁴ Esto puede generar no solo un ambiente sereno y controlado para la situación, sino que puede considerarse que el padre funciona como mediador para llegar a un común acuerdo o a la situación más apta para la persona menor de edad.

En los otros dos supuestos, el defensor judicial juega el papel principal en los dos problemas que se dan con más frecuencia en un problema de custodia personal: el conflicto de intereses y el mal desempeño de uno o los dos padres, tutores o representantes. Es responsabilidad del defensor crear la mejor propuesta para que exista consenso y no se cause un daño al interés superior del menor. El defensor no posee facultades ilimitadas, como explica el artículo trescientos dos: “el defensor judicial tendrá las atribuciones que le ha concedido el Juez, al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida”.⁶⁵ Esta es la situación que aclara que sigue siendo responsabilidad del Estado y sus distintas oficinas y órganos, el bienestar y el interés superior de los menores.

Con este artículo se descubre también dos limitaciones del defensor judicial: la limitación material y la limitación temporal. La primera se refiere a que el defensor debe limitarse a pretender un resultado dentro de los márgenes del proceso que se está desarrollando y que solamente puede actuar en aquellas cosas que el juez le permita y de las cuales debe dar respuestas al finalizar el proceso. La limitación temporal, por su parte, se refiere a que sus funciones como defensor son durante el tiempo que tome desarrollar y concluir el proceso en el que esté involucrado el menor a su cargo.

⁶⁴Ibid. p.108.

⁶⁵Ibid. p.110.

Benito Aláez aclara que “se ha creado la figura del Defensor del Menor, por medio de la Ley 5 de 1996, del 8 de julio, que se crea con funciones y competencias similares a las que les corresponde a los defensores del pueblo, solo que circunscritas a la tutela y garantía no jurisdiccional de los derechos fundamentales de los menores”.⁶⁶ Con lo anterior, se puede analizar que el menor puede tener un defensor en casos que van desde problemas con su custodia personal, hasta problemas externos, por ejemplo, una negativa a su educación, casos de discriminación, etc. Teniéndose claro que con las limitaciones y condiciones que establezca el juez español.

2.2.2 ARGENTINA

El caso de este país es muy particular, porque en los últimos años ha comenzado a realizar modificaciones para que la participación y representación de los menores de edad sea eficaz y acorde a la Convención de los Derechos del Niño. El Código Civil, el Código Procesal Civil y Comercial, fueron parte de estas modificaciones con la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Se realizan los cambios en el 2005 y la razón de estas modificaciones es por la búsqueda de proteger de manera integral los derechos de las niñas, niños y adolescentes argentinos. Para así, garantizar un disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y con ello confirmar todos lo que se encuentran en los tratados internacionales. La legislación argentina decidió reforzar esta decisión confirmando la situación de carácter obligatorio en el artículo 2; “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”.⁶⁷ No se deja cabo suelto en la ley. Se confirma el total apoyo y fundamentación en los instrumentos internacionales.

⁶⁶Benito Aláez Corral; ‘Minoría de edad y derechos fundamentales’ (2003) 318.

⁶⁷ Ley 26.061: ‘Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes’ (Buenos Aires, Argentina; 2005) 1.

Y se menciona de entrada el derecho a ser escuchados en cualquier ámbito, incluido el que atañe a esta investigación, el judicial. Es decir, que los menores tienen derecho a ser atendidos en vía judicial por cualquier situación que violente sus derechos, o cuando existiera necesidad que se apersone a un proceso de su interés.

Se menciona en ese mismo artículo que los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.⁶⁸ Este detalle lo comparte con la legislación costarricense y es la garantía de que se mantendrá el interés superior del menor y será el Estado el encargado de velar por su cumplimiento al ser de orden público. Siguiendo en el desarrollo del interés superior del niño en la legislación argentina, el artículo 3, inciso a, lo define y establece que se debe respetar en ciertas condiciones: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: su condición de sujeto de derecho”.⁶⁹

Cuando se reconoce a la persona menor de edad como sujeto de derecho, se habla directamente de tres situaciones: que toda ley que lo involucre debe ser respetada; que puede ser juzgado por esas mismas leyes; y que puede promulgarse ante la justicia en búsqueda de una mejora de una situación específica.

“Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de esta; filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”⁷⁰

⁶⁸Ibid. p. 1.

⁶⁹ ‘Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes’ (Buenos Aires, Argentina; 2005) 1.

⁷⁰Ibid. p. 2.

Son derechos e intereses que además tienen prioridad y prevalencia por la situación de indefensión que puede darse en una figura como el menor de edad. Y en materia de patria potestad, por la relación existente entre ellos y sus padres, representantes o tutores.

Un requisito para que una persona menor de edad tenga el derecho de participar en los procesos de custodia personal es que debe existir una afectación a un derecho propio. El menor debe querer ejercer ese derecho y debe existir, además, un interés contrapuesto con el de los padres o representantes, lo cual se desenvuelve en un proceso judicial. Cuando el menor toma la decisión de actuar, empiezan a regir todas las garantías del debido proceso como cualquier otro y tiene la capacidad de utilizar la gran variedad de herramientas que la ley sitúa a su alcance para que presente de la manera más atinada o idónea su pretensión o interés. Al juez le corresponderá velar por el equilibrio procesal y, ante una eventual desventaja o desigualdad, tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad del derecho a la parte más vulnerable: la persona menor de edad. El artículo 27 de la Ley 26061 habla de las garantías del procedimiento, si se diera una situación como la anterior. Enumera varias, entre las que destacan algunas, por ejemplo;

A ser oído ante una autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; a ser asistido por un letrado de preferencia especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; a participar activamente en todo el procedimiento.⁷¹

Es decir que, en Argentina, el menor de edad tiene una plena capacidad procesal y una participación en los procesos. No solo se menciona que deben regirse las leyes bajo los tratados internacionales, sino que los cita directamente para reforzar la legislación.

⁷¹Ibid. p. 9.

En esta ley, además, se dedica un capítulo entero a la creación, explicación y definición de la figura del defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que según el artículo 47 de la esta, será quien tendrá a su cargo velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño.⁷² Las autoras argentinas Famá y Herrera, lo definen como “un abogado que actúa como patrocinante del niño, que se ubica en el grupo etario entre los 14 y los 21 años. Se parte del supuesto de hecho de que el niño de acuerdo con su capacidad progresiva cuenta con el grado de madurez necesario para decidir por sí mismo”.⁷³ Este profesional es el encargado de defender la tesis del menor y los distintos intereses que tenga en el proceso, partiendo de que la persona menor de edad tiene un juicio claro y madurez para formular una pretensión objetiva. Dentro de la misma ley se encuentran los requisitos para que una persona pueda ser defensor:

- a) Ser argentino.
- b) Haber cumplido treinta (30) años.
- c) Acreditar idoneidad y especialización en la defensa y protección activa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y familia.⁷⁴

Cuando el defensor se designa, debe ser dentro de los noventa días luego de sancionada esta ley y asumirá sus funciones ante el Senado de Nación Argentina, prestando juramento de desempeñar fielmente su cargo. La figura del defensor está permeada por una particular limitación: ese cargo no puede verse involucrado en el ámbito económico, político o que sea empleado de otra área de la administración pública. Esto con el propósito que el defensor no se vea envuelto en conflicto de intereses o algún tipo de corrupción que pueda perjudicar la situación de la persona menor de edad.

⁷²Ibid. p. 17.

⁷³ María Victoria Famá y Marissa Herrera; ‘Participación de los Niños y Adolescentes en el Derecho Procesal de Familia’: Derecho Procesal de Familia, tras las premisas de su teoría general. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008) 3.

⁷⁴ Ley 26.061: ‘Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes’. Op. cit.17.

El defensor, según el artículo 55 de la ley, tiene como funciones: promover las acciones para la protección de los intereses difusos o colectivos relativos a las niñas, niños y adolescentes; interponer acciones para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cualquier juicio, instancia o tribunal; velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados a las niñas, niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso. Y, por último, intervenir en la instancia de asesoramiento de mediación o conciliación.⁷⁵

Todas estas funciones cumplen con el requisito de fortalecer la defensa de los intereses de las personas menores de edad. Pero el defensor que litiga en estos casos tiene una función distinta por la índole del conflicto en sí, porque tiene que ver con la composición del conflicto y no con exacerbarlo. Se debe a la búsqueda de un arreglo beneficioso y un acuerdo entre partes en los cuales de ser posible no se cause un daño a la relación existente entre las partes.

En Argentina, apareció una modificación en el Código Civil y Comercial que cambió la aplicación de esta figura en el sistema judicial argentino. El código da la categoría de menor adulto, a pesar de que se ya encontraba en vigencia de la Ley 26.061 (que era la Ley Especial), que definía cuestiones de edad y madurez suficiente, la autonomía que se desarrollaba de manera progresiva. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que un menor de 14 años es impúber, y no aceptaba decisiones de este tipo. Pero con la modificación al Código Civil y comercial, ahora deberá revisar el criterio cuando se deba resolver sobre un caso al respecto y ejercer un criterio pronto y cumplido para no afectar los intereses en juego en general.

“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las

⁷⁵Ibid. p. 19.

decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.”⁷⁶

La idea de limitar los rangos etarios y sus capacidades procesales es de mantener un control en el uso de la figura del defensor o, incluso, que no se permita cualquier excusa como móvil para presentar un proceso en los tribunales argentinos. Puede considerarse que la labor de este código es de controlar y limitar los alcances de la figura del defensor y evitar que exista una situación en la cual se dé un exceso de poder. Más aún si se toman decisiones que afecten a los involucrados hasta llegar a un extremo opuesto en el que se perjudique su participación.

Ante estas modificaciones, nace la pregunta: ¿cómo opera la figura del Abogado del Niño en este Código Civil y Comercial? En la práctica, ya algunas provincias argentinas iniciaron con su tratamiento particular. En Buenos Aires, se tiene una norma propia que regula la materia, la Ley 14.568, que está específicamente determinada sobre la base de edad y madurez suficiente y deja a interpretación del juez la existencia de intereses contrapuestos en el caso particular.

Pero no hay un abogado del niño para todos. A modo de ejemplo: si una pareja se separa y el marido se niega a cumplir con el pago de los alimentos, es deber de la madre exigirlos. En esta situación, no es necesario un abogado del niño porque el código mismo tiene como premisa la defensa de la madre por el bien y por los intereses de los hijos. Esto es ejercer una representación coherente ante la situación. En la medida que haya una necesidad, como en los casos típicos donde se nombraban tutores especiales a los menores. Cuando se nombraba un tutor especial era porque existían conflictos de intereses con los padres, si se trata de un chico de 11 a 15 años.

⁷⁶ Senado y Cámara de diputados, Ley 26.994: ‘Código Civil y Comercial.’ (Buenos Aires, Argentina; 2014)11.

Un último detalle por rescatar de la legislación argentina es que mantiene el piso establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Se trata de la operatividad de la Convención de los Derechos del Niño, que incorpora como pauta constitucional el principio de autonomía progresiva. El Código dispone a la autonomía progresiva como un principio para el ejercicio del derecho de las personas menores de edad. El principio general continúa siendo que el niño ejerce sus derechos por medio de sus representantes legales. Lo que ocurre es que el código incluye expresamente la cláusula que autoriza al que cuenta con la edad y madurez suficiente para realizar por sí mismo todos los actos que le son reconocidos por la legislación argentina. El Código toma todos estos principios introducidos por estas leyes especiales.

En conclusión, Argentina es un ejemplo en materia de familia. El país cuenta con un sistema legal íntegro en el que se intenta no dejar de lado ninguna fuente de derecho. Esto con el fin de que no se violen derechos o principios inherentes de los menores. Las leyes nacionales no chocan con los códigos, ni con las leyes internacionales. Se reconoce plenamente la necesidad de que, sin excepción, se cuenta con una voz y una posibilidad de atención y participación en los tribunales argentinos; y, de ser necesario, existe la figura de un defensor que vela por los intereses en juego.

Capítulo 3. Propuesta de participación y representación de las personas menores de edad en los procesos de Custodia Personal y el desarrollo de la figura de un defensor de la persona menor de edad.

3.1 Análisis jurisprudencial de la materia de violencia doméstica como referente nacional para la participación de las personas menores de edad.

Si bien en el tema que atañe la investigación no se cuenta con una basta jurisprudencia, en materia de violencia doméstica existen varios votos que sirven de punto de partida para que, en algún momento, en materia de custodia pueda plantearse una situación en la cual el menor de edad pueda ser parte y tenga la capacidad de presentar un proceso. En el voto 514-04, una apelación que se presentó al Tribunal de Familia, por una resolución del Juzgado de Violencia Doméstica, menciona que la Ley de Violencia Doméstica tiene, como fin, garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la violencia intrafamiliar. En el Considerando I, se menciona, que

“el A-Quo no permitió que los testigos se refirieran a las agresiones sufridas por los menores violentando con ello el debido proceso y el derecho de defensa sobre todo por el peligro que pueden tener los menores. Conoce este Tribunal el presente caso, en virtud de la solicitud de prórroga hecha por la gestionante de las medidas de protección a folio 148, siendo que mientras no quede en firme la resolución sobre la prórroga de las medidas de protección, éstas se mantendrán.”⁷⁷

El reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad (como el debido proceso y derecho de defensa) debe prevalecer en situaciones que se vea falseada la integridad. Si se fundamenta en los testigos que aportan pruebas que refuercen la posición del menor en los procesos, el juez no puede negar la participación de los testigos de primera mano. Solamente puede prescindir de ellos luego del debido interrogatorio.

⁷⁷ Tribunal de Familia, Voto 514-04.

En el Considerando III, se aclara que el voto 368-00 de la Sala Constitucional ha establecido que, ante la agresión intrafamiliar contra personas menores de edad, el Patronato Nacional de la Infancia tiene el deber de iniciar un proceso especial de protección en vía administrativa. Una vez agotado ese proceso, debe continuar con dicho trámite en la vía judicial, entendido en el Juzgado de Familia o bien en el Juzgado de Niñez y Adolescencia. Un juzgado contravencional o un despacho especializado contra la violencia doméstica no pueden definir la situación jurídica de una persona menor de edad. Se trata de un trámite cautelar, no declarativo, ni constitutivo de derechos⁷⁸.

En el Voto No. 140-15 de las nueve horas del dieciocho de febrero de dos mil quince, se plantea más a fondo el agotamiento de la vía administrativa, que se habla en 368-00 de la Sala Constitucional. En lo que interesa dispuso:

“...Cuando se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia, el legislador dispuso crear un proceso de protección a favor de las personas menores de edad que combina una fase en sede administrativa y una eventual fase en sede judicial. De principio, los procesos de protección para personas menores de edad se conocen, tramitan y fallan en las Oficinas Locales del Patronato Nacional de la Infancia. Lo que allí se decida goza del recurso de apelación ante la Presidencia Ejecutiva y también es posible que, en algunos casos, el asunto llegue a la sede judicial.

Para acudir al proceso de protección en la sede judicial es necesario que se agote la vía administrativa, pero esto no significa que sea indispensable apelar la decisión de la Oficina Local ante la Presidencia Ejecutiva, sino que el ciudadano que se considere afectado puede combatir la decisión de la Oficina Local directamente ante la sede judicial.”⁷⁹

⁷⁸ Ibid. p.15.

⁷⁹ Tribunal de Familia, Voto 140-15.

Lo interesante de este diseño es que el proceso de protección en sede judicial no es nuevo. Es el mismo proceso que se inició en la sede administrativa y que luego pasa a la sede judicial. En este sentido, no procede "dar traslado" ni "notificar la demanda" ni prevenir al ciudadano que realice un nuevo señalamiento para atender notificaciones. En este último sentido, el señalamiento hecho en la sede administrativa es válido y sigue vigente para el proceso judicial.

“Por esto que se explica es que el artículo 143 del Código de la Niñez y la Adolescencia dispone que "incoado el proceso (de protección en sede judicial), el juez revisará los resultados obtenidos con las medidas dictadas en sede administrativa y señalará el día y la hora para la audiencia, que deberá celebrarse en un plazo mínimo de cinco días.”⁸⁰

Es decir que los menores de edad cuentan con un sistema que los apoya tanto en vía administrativa como en vía judicial en materia de violencia doméstica. Esto podría ser aplicable en procesos de custodia, porque no va más allá de las leyes nacionales e internacionales que priorizan el interés superior del niño.

En el Voto 149-2010, se está frente a una situación en la cual es la menor de edad la que plantea la denuncia contra su mamá. En el Considerando III se amplía el contexto,

“la joven denuncia a su progenitora por violencia doméstica en la modalidad de violencia psicológica hacia ella y hacia su hermano menor. Según refiere la apelante, la presunta agresora les ha dicho que le estorban, los compara con otras personas, para de seguido decirles que no sirven para nada.”⁸¹

La denuncia fue desestimada y no se implementaron las medidas, ya que la jueza consideró que no existía violencia hacia la apelante. Mencionó que lo ocurrido fue un conflicto de pareja entre los padres, en el cual los hijos habían tomado partido en favor del padre.

⁸⁰ Ibid. p. 15.

⁸¹ Tribunal de Familia, Voto 149-2010.

Con esta apelación, el tribunal se refirió a la situación:

“se hace necesario dar curso a la acción a fin de determinar lo ocurrido, atrayendo elementos de convicción a los autos, que permitan en una etapa posterior decidir conforme a esas probanzas, según se logre constatar o no lo denunciado, si deben confirmarse esas medidas o adoptar soluciones adicionales al conflicto por estar frente a personas de un grupo vulnerable de la sociedad’, pues de rechazar ad portas la solicitud, puesto que se podría estaría incurriendo en denegación de justicia.

Pues cuando se está en juego el disfrute efectivo de derechos fundamentales, como ocurre en este caso en que se según se indica se ha aplicado violencia psicológica sobre las personas menores de edad, pues refiere la denunciante, que su madre les dijo que les estorbaban, que no sirven para nada, y los compara con otras personas, humillándolos, se afecta su dignidad de personas pues afecta su auto concepto, y en la etapa en que están es muy importante para estas personas conformar su personalidad con seguridad, especialmente el niño más pequeño, quien dijo la denunciante, era objeto de preocupación de su parte. Pues independientemente de que una situación de estas pueda ventilarse en otra vía, como la familiar, mediante un proceso de guarda crianza, nada obsta a dejar en desprotección a estas personas.”⁸²

Los procesos como este, en materia de Violencia Doméstica, son parámetros que tienen puntos de similitud con los procesos de custodia. Sus objetivos se centran en evitar la negación de justicia y la desprotección de personas menores de edad y que el objeto del proceso es definir una situación ventajosa para los menores.

⁸² Ibid. p. 22.

Esta situación en la cual existe una viabilidad de participación de las personas menores de edad es algo que podría aplicarse en la materia de custodia. En esta, ante una situación de conflicto, podría la persona menor de edad solicitar una tutela judicial efectiva. Como lo menciona el voto no. 886-2016:

“en aras de la tutela judicial efectiva, y la garantía del principio de igualdad cuando se está frente a grupos vulnerables, entre ellos niños versus adultos, la interpretación sea extensiva y garantista, a fin de evitar retardo o denegación de justicia.

Por consiguiente, en consonancia con esa jurisprudencia, y la aplicación de la norma más garantista en materia de derechos humanos fundamentales, se impone que ante la más mínima posibilidad de que una persona menor de edad esté siendo objeto de una situación de violencia doméstica, si se pide la protección mediante esta ley debe brindarse, en resguardo de su interés superior, y que después se decida en sentencia lo que corresponda.”⁸³

Si se aplica el párrafo anterior extraído del voto constitucional en materia de custodia, podría mencionarse que, el menor, al solicitar la apertura o ser parte de un proceso de custodia en el cual se discutan sus intereses, lo hace en busca de resguardo de su interés superior. Sea que garantice su calidad de vida o su derecho a ser escuchado. Además de que en sentencia se resuelva lo mejor para sus intereses y resguardo. Además, el mejor acuerdo entre los padres, representantes, o persona que quedará encargada de él hasta su mayoría de edad. O puede solicitar una figura que haga efectiva esa tutela jurídica, como un abogado del menor. Puede hablarse, incluso, que la persona menor de edad presente el proceso en vía administrativa. Esta, al no tener resolución, pasa a vía judicial, en la cual será un representante legal el que tome la situación y le siga dado curso; el PANI se encargará del proceso administrativo y lo delegará a un abogado.

⁸³ Tribunal de Familia, Voto 886-2016.

3.2 Propuesta de participación en los procesos de Custodia Personal, apoyada en el proyecto del nuevo Código de Familia.

La participación de los menores de edad, según lo que plantea el proyecto Código Procesal de Familia, puede tener dos características específicas, una que se plantea en el proyecto y otra que nace de esta investigación;

- a) El reconocimiento de la capacidad progresiva.
- b) El desarrollo de la participación de los menores durante el proceso de custodia personal.

Reconocer la capacidad progresiva de los menores está en el artículo cuarenta y uno; que plantea lo siguiente:

“Se reconoce a todas las personas mayores de doce años el ejercicio personal y plena de la capacidad procesal para el trámite de los procesos establecidos en este Código, sin perjuicio de que prefieran que sus padres u otras personas representantes actúen en su nombre.

Tratándose de personas menores de doce años, la autoridad judicial llamará a quien ejerza la responsabilidad parental o bien, en su caso, a quién asigne el Patronato Nacional de la Infancia y, si esta persona no se encontrare disponible en ese momento, podrá nombrársele representación provisional hasta tanto el ente mencionado apersona a la persona elegida.

No obstante, estas personas podrán ejercer el derecho a ser oídas y participar activamente de manera progresiva y conforme a su capacidad volitiva, según la ley y bajo la apreciación del tribunal; teniendo derecho de acudir personalmente ante este y a que se les atienda en forma personalizada y conforme a sus características etarias, debiendo las personas funcionarias judiciales velar por la efectivización de los derechos de las personas menores de edad. Excepcionalmente, las personas menores de doce años podrán accionar en forma personal. En este caso, para el inicio del proceso el tribunal deberá contar con un

informe psicológico que acredite que la persona menor de edad tiene la capacidad para ejercer dicha acción.”⁸⁴

El proyecto menciona un rango que divide la línea etaria entre personas menores de edad entre los 0 y 12 años. Un segundo segmento lo hace entre los doce años y la mayoría de edad. En el primer segmento, se da una capacidad nula, en la que la representación es necesaria y justa dada la circunstancia de la persona, en la cual no tiene la voluntad y el conocimiento suficiente para actuar en los procesos de custodia procesal. La responsabilidad en este caso es total tanto del juzgador como de sus padres o representantes.

Esta investigación coincide con lo que plantean Silvana María Chiapero, Wendi Romina Oroná y Ana Paula Fernández

“con la doctrina que sostiene que una categorización no debe interpretarse en forma rígida, ni aplicarse a rajatabla. Es que, si bien la reforma legal persigue el reconocimiento efectivo de la igualdad de derechos para los niños, niñas y adolescentes, y su carácter de sujetos progresivamente autónomos, apartándose así de los modelos decimonónicos que los trataban como meros dependientes de la autoridad parental, lo cierto es que las disposiciones del nuevo Código se aplicarían a una sociedad que ha mutado sustancialmente y que se halla sujeta a nuevos conflictos y riesgos.”⁸⁵

La participación progresiva se ve desde dos rangos que se mencionan anteriormente, pero podrían plantearse rangos más pequeños y más limitados en los cuales se busque plantear las necesidades de cada edad y que esas necesidades sean solventadas la mayor cantidad posible. Es decir, eliminar la rigidez y plantear opciones que promuevan la igualdad y la justicia accesible a cualquier persona.

⁸⁴ ‘Proyecto de ley: Código Procesal de Familia (San José, Costa Rica; 2014)25.

⁸⁵Silvana María Chiapero, Wendi Romina Oroná y Ana Paula Fernández Comisión nº 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”: CAPACIDAD PROGRESIVA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. 3-4.

La propuesta de esta investigación serán tres rangos:

El primer rango que puede plantearse es de **ceros a cuatro años**, en el que serán responsables tanto padres o tutores, como el juez encargado. Al no tener ninguna capacidad volitiva, debe realizarse una investigación detallada para tomar la decisión idónea con respecto al manejo del menor. Si la decisión no es clara y concreta, puede repercutir en el desarrollo del menor. Esta situación puede darse por conflicto entre padres o responsables, o por una situación de fuerza mayor en la cual se vea comprometido el bienestar del menor. Según la Asociación Española de Pediatría, en estas edades los menores están iniciando su proceso de socialización, así como sus relaciones afectivas⁸⁶, por lo que sería contraproducente tomarle la opinión directa. Pero es esencial una decisión íntegra puesto que son los años base para el desarrollo del menor.

El segundo rango es de **cinco a diez años**. Igual que el caso anterior, serán responsables tutores, padres y el juez, incluyendo el área de la interdisciplinariedad. Es decir, trabajadores sociales, psicólogos u otros profesionales que den una visión y una posición más acertada del menor y tomen su opinión para desarrollarla en el proceso de custodia personal.

En este segundo rango, hacer parte activa del proceso al menor de edad no es una idea óptima, pues no se encuentra con madurez, capacidad de discernimiento suficiente y otras condiciones personales que lo pueden hacer sujeto del proceso en el que se ve involucrado.

⁸⁶ Asociación Española de Pediatría, 'El desarrollo psicológico de los niños, paso a paso' (Madrid, España)33.

Según Piaget, un niño entre los cinco y los diez años se encuentra en la etapa de las operaciones concretas. Los niños son menos egocéntricos que antes y son más competentes en tareas que requieren razonamiento lógico, como distinguir fantasía de realidad, clasificación (inclusión de clase), deducción e inducción, emitir juicios de causa o efecto, sensación, inferencia transitiva, pensamiento espacial, conservación y trabajo con números. Sin embargo, su razonamiento principalmente está limitado al aquí y al ahora.⁸⁷

El tercer rango por considerar es el de los **once a los diecisiete años**. Aquí, el menor de edad cuenta con capacidad, discernimiento y cierto grado de madurez que le permite ser parte del proceso de custodia personal de manera activa. Más allá de solo escuchar su opinión, la figura de los padres o tutores cambia de cierta forma en este rango. _Si bien son responsables del menor, no necesariamente son la voz de ellos durante el tiempo del proceso, ya que puede plantearse la figura de un defensor del menor que se haga cargo de su participación. En conjunto con todas las herramientas que brinda la interdisciplinariedad que se ha destacado durante toda esta investigación, para un resultado óptimo y beneficioso.

Con respecto al desarrollo de la participación de las personas menores en los procesos de custodia personal, se propone una forma en la cual no resulten tan nocivos y tan rígidos para ellos ni para el resto de personas involucradas. Que se desarrolle en un ambiente tranquilo y controlado, no tan formal y pesado como podría tornarse un caso de este tipo. Un ambiente en el cual todas las autoridades y especialistas involucrados tengan el manejo de la situación, tornándola llevadera y con un resultado favorable para los implicados. Lo anterior fundamentado en el artículo nueve de la Convención de los Derechos de Niño, que menciona: “Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.⁸⁸

⁸⁷ Jean Piaget, citado por el blog ‘Ciclo Vital: Niñez Intermedia’, extraído de: <https://elciclovitalblog.wordpress.com/2016/12/01/ninez-intermedia-6-12-anos/>. Revisado el diez de setiembre del dos mil dieciocho.

⁸⁸ Convención sobre los Derechos del Niño. (New York, Estados Unidos, Organización de las Naciones Unidas, 1989)13.

Es decir que, al buscar un ambiente propicio para el desarrollo del proceso, indirectamente podría evitar consecuencias desfavorables.

El papel de la interdisciplinariedad, con respecto al desarrollo de la participación del menor, es una de las herramientas más relevantes para estos casos. Se trate de sociólogos, psicólogos, trabajadores sociales, o psicopedagogos los que estén involucrados en el trabajo con menores de edad. Deben considerarse todo tipo de detalles desde la situación mental del menor, su desarrollo emocional e intelectual, hasta su capacidad volitiva y de decisión, que le permitiría ser parte del proceso mediante un representante legal. O incluso ver su situación económica, educativa y de salud en el entorno que se encuentra y ver si es el correcto para la persona. Si bien es necesario que exista este tipo de ayuda de otras profesiones en todas las ramas y para todas las edades, es doblemente importante para una persona que está iniciando y necesita de una buena base para su desarrollo y crecimiento.

Una de los aspectos más relevantes del desarrollo de la participación es la capacidad que el menor tiene de poder estructurar su petición, ya sea por su situación, sus bienes o su persona por medio de patrocinio letrado. Es decir, una opinión que se transforma en una solicitud ante la jurisdicción costarricense, en pro de su beneficio presente y futuro. Esta solicitud le permite estar involucrado en todas las partes del proceso, desde las audiencias, la prueba y el final en la ejecución de la sentencia. Yudy Pilar Campos Gutiérrez lo confirma con su planteamiento:

“el acceso a la justicia es la posibilidad que tiene el sujeto titular de derechos y obligaciones de accionar ante el aparato jurisdiccional, y entablar una demanda, además de lograr su participación en todas las etapas del proceso, lo que implica no solo el derecho de audiencia, sino estar presente en todas las etapas, ofrecer prueba, formular recursos, hasta la obtención de un fallo y que este sea ejecutado.”⁸⁹

⁸⁹ Yudy Pilar Campos Gutiérrez, ‘Participación de las personas menores de edad en procesos familiares a la luz del anteproyecto de la ley procesal familiar’ (San José, Costa Rica)21.

Campos menciona, además que “en un Estado democrático como el nuestro la Justicia es un servicio público, por ende, debe garantizarse el acceso a todas las personas por igual. Esto incluye a las PME, quienes también son titulares de derechos y obligaciones, por lo que no se les puede excluir debido a su minoridad, o por su condición de pobreza”.⁹⁰

Si bien los menores son considerados como un grupo minoritario o con una condición en la que poseen cierta indefensión ya que no pueden ser partícipes de los procesos, a no ser que se encuentren representados por tutores o padres, no los excluye de la esfera de protección y desarrollo de los sistemas jurídicos internacionales. Mucho menos del ámbito legal costarricense, en el cual son reconocidos como partícipes con los mismos derechos. Sin embargo, no se plantea la necesidad de un defensor para el menor en aras de que sus necesidades y pretensiones sean ejecutadas y consideradas directamente.

3.3 Desarrollo de la figura de un defensor de la persona menor de edad en el Sistema Judicial Costarricense.

3.3.1 Definición de la figura del defensor de la persona menor, limitada al sistema costarricense.

El defensor de la persona menor, al tratarse de una figura tan nueva y poco desarrollada en Costa Rica, se basará aquí en las premisas internacionales para formar una definición inclusiva y respetuosa.

La figura del abogado del niño tiene su génesis en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, donde se establece el derecho del niño a ser oído. Antes de esta convención, la opinión del menor no se tomaba en cuenta, sino que se regía por lo que otros adultos entendían como necesidades del niño (por ejemplo, un asesor de menores).

⁹⁰Ibid. p. 22.

Antes de definir esta figura, se debe tener claro que existe una concepción completa y garantista del derecho de defensa, el cual no puede dejar de lado su aspecto técnico. La continua complicación de los procedimientos exige conocimientos jurídicos de un abogado especializado a efectos de desplegar una estrategia eficaz.

La garantía de la defensa consiste en asegurar la posibilidad de efectuar, a lo largo del proceso y de manera oportuna, alegaciones, contradicciones a las contrarias y exposición de pruebas con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. El sentido de la defensa técnica reside en que de nada valdría el derecho de ser oído si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz. En otras palabras, el derecho a ser escuchado debe convertirse en el patrocinio técnico de un abogado que traduzca el interés del niño en actos procesales. Por ello, resulta esencial insistir en la obligatoriedad del patrocinio letrado, puesto que los tribunales no discuten el derecho del niño a ser escuchado y, si se le da pie al uso de la figura, es seguro que se presentarán muchas resistencias jurisprudenciales a lo segundo.

Asimismo, en caso de que los niños no tengan suficiente discernimiento —incluso tratándose de niños de muy pocos días de vida—, tienen derecho al patrocinio letrado a través de la figura del tutor, designado por el juez, independientemente de la voluntad del niño. Al respecto, el tutor representa los intereses del niño desde su mirada adulta y el abogado del niño representa el interés del niño desde su propia mirada. Es decir, el tutor defiende el interés del niño desde su leal saber y entender, en sintonía con la incapacidad de los menores, por ende, queda mediatizada o directamente desconocida la opinión del niño. Por otro lado, el abogado del niño está ligado a su capacidad progresiva, a su derecho a actuar por sí mismo y defender su postura de parte. Por lo tanto, el defensor del menor es abogado que representa legalmente los intereses personales e individuales de niños, niñas y adolescentes ante cualquier procedimiento familiar que los afecte. Será el que intervenga en carácter de parte, sin perjuicio de que alguna de las otras partes involucradas se oponga a su participación.

La ley argentina 26.061, según plantean Famá y Herrera, “se trata de un abogado que actúa como patrocinante del niño, que se ubica en el grupo etéreo entre los 14 y los 21 años. Se parte del supuesto de hecho de que el niño de acuerdo con su capacidad progresiva cuenta con el grado de madurez necesario para decidir por sí mismo. Este profesional va a defender la tesis del menor, sus intereses en el proceso, partiendo de que la persona menor de edad tiene un juicio claro y madurez para formular una pretensión”.⁹¹ La asistencia jurídica y defensa técnica será provista a partir de criterios interdisciplinarios de intervención, fundados en el derecho de los niños y niñas a ser escuchados. En el principio del interés superior del niño, en el caso de Costa Rica, sería este patrocinio hasta los dieciocho años y podría darse uno a partir de los doce años, volviendo al punto de partida con un análisis de la capacidad progresiva de la persona menor de edad.

3.3.2 Participación del defensor de la persona menor en los procesos de custodia

Cuando se tienen los conceptos anteriores claros, se cuestiona como se solicita o como se lleva a desarrollar la solicitud de una defensa para un menor de edad en un proceso de custodia procesal. Esta investigación sugiere cuatro maneras;

En primer lugar, un juzgado u órgano administrativo puede solicitar al Poder Judicial que designe a un profesional para determinado caso y que él sea el encargado de desarrollar la propuesta del menor en el proceso. En segundo lugar, que sea el PANI el que brinde un defensor al menor y que ya no ejerza él como parte, sino que hable a título personal del menor. Otro modo es cuando los padres de un niño, niña o adolescente hacen la solicitud ante el juez durante un proceso judicial, luego de que el juez haga la solicitud directa para la asignación del defensor.

⁹¹ Ma. Victoria Famá y Marissa Herrera. ‘Participación de los Niños y Adolescentes en el Derecho Procesal de Familia’. En: Derecho Procesal de Familia, tras las premisas de su teoría general. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008.) 22.

La última opción es cuando es el mismo adolescente es quien busca asesoramiento al comunicarse con los defensores que ya existan en el sistema judicial, cuando ya esté implementada la figura del abogado del niño.

Un ejemplo que puede servir de referencia para la investigación es el artículo doscientos noventa y nueve del Código Civil Español, el cual indica:

“Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador, el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar menor o incapacitado.

En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.⁹²

Y como también explica el artículo 299 del mismo código, ‘Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa Ministerio Fiscal...’⁹³

En el caso de la presente investigación, el defensor deberá velar por que la custodia del menor sea la más beneficiosa y por exponer el caso del menor y su opinión de con quién debe o quiere convivir. Al presentarse el proceso y ver que se involucra a una persona menor de edad, se debe tomar de inmediato la medida de buscar y asignar el defensor correspondiente.

⁹²Código Civil Español (Madrid, España; 1889: actualizado en 2017)88.

⁹³ Ibid. p.90.

Una vez asignado el defensor, este deberá tomar el caso y darse a la tarea de conocer la situación del menor, al menor, a sus padres o tutores y deberá solicitar los estudios o exámenes interdisciplinarios que le permitan, tanto a él como al juzgador, obtener o trabajar con la mejor perspectiva del entorno y el desarrollo de la persona.

3.3.3 Alcances y limitaciones de la figura del defensor de la persona menor de edad en el sistema costarricense.

Al ser una figura nueva que no se ha desarrollado plenamente en el ordenamiento jurídico y por no tener alguna inherencia real y directa en los códigos civil y de familia, permite realizar un análisis amplio de la situación y plantearse panoramas de cómo asimilaría el sistema jurídico costarricense la figura, además de las limitaciones que se encontrarían a la hora de ser aplicada.

Los alcances de la figura serían gigantescos para las personas menores de edad. Con la aparición del defensor, se da un reconocimiento real y sustantivo de los menores en los procesos de custodia procesal. Se da efectividad al derecho de ser escuchado, extraído de la Convención de los Derechos del Niño y permite un avance considerable en la legitimación de la persona menor de edad como sujeto de derecho, además de su reconocimiento pleno de acceso a una justicia pronta y cumplida.

Podría hacerse mención de una nueva visión de la justicia restaurativa, en la cual, al incluir al menor como sujeto procesal de procesos de custodia personal, se permite obtener resultados más efectivos y menos conflictivos. Resultados que podrían llevar a que los padres o tutores tengan una actitud participativa y responsable en igualdad de condiciones para el desarrollo de la vida de la persona menor de edad.

En temas de justicia restaurativa, al conceder al menor de edad la calidad de sujeto procesal y contar con un defensor, puede darse la conciliación y solicitar se le brinde audiencia de esta. Como menciona José Miguel Fonseca Vindas, en el Foro 2: La capacidad procesal de las personas menores de edad en los procesos de protección y de filiación y el interés contrapuesto con los progenitores y la capacidad de conciliar:

“La capacidad procesal de las personas menores de edad debe reconocerse en los procesos de filiación y protección, ya que las decisiones que se tomen tendrán incidencia directa sobre ellos. Deben ser escuchados y sus opiniones valoradas según su edad y capacidades, y su dicho tomado en cuenta. Si tienen interés contrapuesto con los progenitores deben ser escuchados con mayor atención y considero que no se debe resolver pasando por alto la voluntad de la persona menor de edad. Considero que los menores según su edad podrían eventualmente conciliar y de se les debe brindar por parte del Estado algún tipo de acompañamiento de tipo psicológico.”⁹⁴

En estos tipos de procesos que causan gran conflicto, al incluir al menor como parte activa, mejoraría no solo los resultados, sino el procedimiento en sí. Se disminuirían los tiempos invertidos en el proceso y, por lo tanto, los gastos en general.

Como existen alcances o avances que se darían con la aparición del defensor de menores, aparecen sus limitaciones, sea a nivel jurídico, procesal o incluso social. Algunas de ellas no son limitaciones permanentes, sino que se pueden ir corrigiendo con el paso del tiempo y el ajuste de su aplicación.

Las limitaciones a nivel jurídico residen en que, si bien se ha planteado la posibilidad de un patrocinio a personas de escasos recursos para que sean partes activas en los procesos que los involucran y la necesidad de la participación de las personas menores de edad, no hay una propuesta que implique su creación definitiva como una figura de defensor como tal para lo que esta investigación concierne. Si se analiza la situación desde la perspectiva que muestra esta investigación en la actualidad del sistema jurídico, es necesario reforzar el derecho de familia y reforzar los derechos de los menores de edad. Otra limitación en los casos de custodia personal es que puede crear conflicto entre las partes involucradas, pues la decisión recae en el juez y muchos de los padres, tutores o responsables no estarían de acuerdo en que un tercero representara a un menor.

⁹⁴ José Miguel Fonseca Vindas; Derecho de Familia Foro #2 Convenciones Internacionales, los Derechos Humanos y El Derecho de Familia: La capacidad procesal de las personas menores de edad en los procesos de protección y de filiación y el interés contrapuesto con los progenitores y la capacidad de conciliar. (Foro, 2010)

Es muy poco probable que en una reforma al Proyecto del Código Procesal de Familia aparezca la figura de representante legal de personas menores de edad, a no ser que realmente se considere su necesidad para que en los procesos de custodia personal la voz del menor se vea representada.

Aunque no se desarrolle la figura del abogado del menor, se debe propiciar la participación directa de los menores de edad. Ellos, que se ven representados por su voz o a través de figuras interdisciplinarias, lo cual, si bien se otorga el reconocimiento de la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, debe reconocerse que esa capacidad los faculta como personas o sujetos de derecho.

CONCLUSIONES

La responsabilidad parental versa en los temas más relevantes del desarrollo de la vida de una persona menor de edad. La administración de bienes, la representación y el cuidado personal que incluye la custodia son algunos ejemplos. Pero se responsabiliza a la persona encargada del manejo personal tanto de su salud corporal, emocional y psicológica, como de su educación (preescolar, escuela, colegio); además de un impulso extra que permita el desarrollo de otras facultades y aptitudes que representen beneficios a futuro. Es decir, encargarse de todo lo relacionado a su carácter, disciplina y ética.

Las responsabilidades de los padres se encuentran menos parcializadas. El padre deja de ser solo benefactor económico y la madre solo la responsable de la educación. Ambos cumplen estas funciones en igualdad de condiciones. En caso de separación o divorcio, no debería influir en el desarrollo de las responsabilidades de ambos para con el menor de edad y preferentemente que estén presentes de manera equitativa. En su defecto, elegir un representante idóneo en algún caso especial.

En esta investigación nos centramos en la representación y participación. Para las propuestas, y características de la representación, deben tenerse en cuenta los requisitos esenciales. Primero, la intención, es decir que el representante va a actuar en facultad de representar a la persona que no puede proceder por cuenta propia, en este caso el menor de edad; y la voluntad: que no se tendrá viciada su voluntad en favor o en contra del representado.

Esta representación debe estar fundamentada en la necesidad de dar la mejor condición de custodia, en aras de promover un mejor desarrollo tanto educativo como psicológico para que el menor de edad se convierta en un adulto calidad de vida. Si el menor es representado administrativa o judicialmente por el PANI, por un patrocinio letrado, por un asistente legal o un tercero, no implica que tenga algún grado de renunciabilidad su situación con respecto a sus padres o tutores. Tampoco implica que los padres de los menores de edad estén haciendo algún tipo de traspaso de responsabilidades y deberes a la persona encargada de representarlos, puesto que solamente se trata de una representación judicial que cumple su propósito a la hora de tener una resolución por parte de los tribunales correspondientes.

Con respecto a la modificabilidad, puede presentarse la situación en la cual uno de los padres no puede ejercer su responsabilidad sobre el menor. En este caso, puede realizarse la modificación a las personas responsables sobre los menores de edad, para que el mismo tenga el mejor acceso a lo que necesite en desarrollo pleno. La custodia de la persona menor de edad no ha terminado de desarrollarse completamente de manera conceptual, ya que la sociedad se encuentra en un proceso de cambio continuo y que puede ir ampliándose.

Es decir que no exista ninguna diferencia en cuanto a la crianza, la guarda y la educación, pues ambos padres deberán verse involucrados de igual manera en la crianza del menor, si ambos se encuentran aptos para la situación o si el juez decide que otra persona es más apta.

El concepto de “parental”, si bien tuvo que haberse desarrollado décadas atrás, es en la sociedad actual que presenciamos su evolución como tal. “Parental” no se refiere a padre o madre, sino en el conjunto de personas que, aunque no tengan un vínculo emocional, deben hacerse cargo de los menores de edad de una manera eficaz.

En el segundo capítulo tenemos que hacer la aclaración de que el Código de Familia se complementa con el Código Procesal Civil; siendo el Código de Familia la parte sustantiva y el procesal civil, la parte procesal. El Código de Familia comparte con el nuevo proyecto de Código Procesal de Familia la competencia de los padres de responder por sus hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente; es decir, determina la responsabilidad de ambos padres. En detalles más relevantes con respecto a la representación y participación de las personas menores de edad, se establece que el designado para esa representación sea el Patronato Nacional de la Infancia. Esto confirmado en la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia artículo 4, inciso 1, la cual establece que es atribución del patronato “representar legalmente a los menores de edad que no se encuentren bajo autoridad parental ni tutela”.

Existen temas delicados con respecto a la participación del PANI y su papel como representante legal del menor de edad. Siempre que exista un menor involucrado, debe darse una representación por parte del patronato, en caso de no contar con una tutela idónea. Esta situación, en la práctica, no siempre se da.

La necesidad de que el PANI se haga presente es para encargarse de cumplir a cabalidad los intereses superiores de las personas menores de edad. Ante el incumplimiento del patronato, es necesario crear una figura legal que llene ese espacio vacío. Que ayude a cumplir con el código de familia, con la Ley Orgánica del PANI, con el Código de Niñez y Adolescencia y con las convenciones internacionales que respaldan todo tipo de actividad legal relacionada con la figura de la persona menor de edad.

La Convención de los Derechos del Niño establece, en su artículo 7, que, en medidas concernientes a los niños, las autoridades administrativas, instituciones públicas, órganos administrativos, o incluso un órgano judicial, tendrán que tomar decisiones o iniciativas para atender los intereses superiores de los menores. Existe una necesidad legal de crear la figura del defensor de las personas menores de edad o un abogado de menores. Debe tenerse en consideración la necesidad de esta figura legal y de cómo el PANI se vería beneficiado pudiéndose descongestionar esa función para limitarse a funciones administrativas.

Al aparecer el Proyecto de Código Procesal de Familia, se desarrollaría la figura del representante legal de una persona menor de edad, puesto que no es una posibilidad que se desarrolle en el Código Procesal Civil. Las dos diferencias claras entre el Código Procesal Civil y el proyecto de Código Procesal de Familia, que pueden crear incluso un cambio en la figura del menor de edad son: que en los procesos de responsabilidad parental se habla de tres aspectos relevantes mencionados en los capítulos. Uno de ellos es la custodia en el cual gira esta investigación y se tiene un cambio en el reconocimiento de la capacidad procesal y la representación de las personas menores de edad.

El artículo 40 del proyecto menciona el reconocimiento de la capacidad procesal admite a la persona menor como parte. Y además se plantea que si las personas por su condición personal no tienen capacidad procesal y las personas jurídicas actuaran por medio de legítima representación. Es aquí donde se cubre el vacío legal existente de la norma antes mencionada con respecto a la posibilidad de tener un representante

Este proyecto de Código Procesal de Familia reconoce efectivamente la necesidad de la representación que en el Código Procesal Civil no se reconocía. Se plantea en esta investigación que existen dos vías de análisis para esa situación. La primera de ellas es el reconocimiento de la capacidad; y la segunda, la necesidad de que la persona menor de doce años sea representada. Que la capacidad procesal de una persona menor de edad va aunada totalmente al principio de autonomía progresiva que plantea el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y que es reforzado por la Convención de los Derechos del Niño.

El reconocimiento de una capacidad progresiva permite analizar los grados en los que la participación se puede dar, dependiendo de la voluntad del menor y de su nivel de autonomía, la cual es muy importante a la hora de reconocer estos derechos de las personas menores de edad.

El principio de capacidad progresiva es 'in crescendo', es decir, que según aumente su edad y sus capacidades, van a aumentar sus derechos procesales y, de manera equitativa, sus responsabilidades. Esta capacidad progresiva se suma al derecho de ser escuchado.

Como resultado en el ámbito legal, la necesidad de que, al ser un sujeto de derecho con capacidad progresiva y que con el tiempo va a ir desarrollando su autonomía y su voluntad, establezca la posibilidad en la cual la persona menor de edad tenga un representante que actúe tal como un defensor público; o sea, en favor de sus pretensiones y de la calidad de vida necesaria para que se desarrolle.

Además, las personas menores de doce años sean representadas es importante. Esto debido a que, si bien muchísimas de estas personas no tienen una autonomía total y voluntad a la hora del manejo de sus decisiones, es necesario que se plantee un rango de representación. Esto sin que ninguna de las personas de ningún grupo etario quede fuera de ese rango. Esta propuesta se analiza en el capítulo tres de la investigación. El primer rango es de cero a cuatro años, en el que serán responsables tanto padres, tutores, como el juez encargado. Al no tener el niño ninguna capacidad volitiva, debe realizarse una investigación detallada. El segundo, de cinco a diez años, igual que en el caso anterior, serán responsables tutores, padres y el juez, pero entra el área de la interdisciplinariedad; es decir, trabajadores sociales, psicólogos, u otros profesionales que den una visión y una posición más acertada del menor y tomen su opinión para desarrollarla en el proceso de custodia personal. Y, por último, de los once a los diecisiete años, en el que ya el menor de edad cuenta con una capacidad, discernimiento y cierto grado de madurez que le permite ser parte del proceso de custodia personal de manera activa. Más allá de solo escuchar su opinión, la figura de los padres o tutores cambia en este rango, ya que, si bien son responsables del menor, no necesariamente son la voz de ellos durante todo el tiempo del proceso.

El proceso debería deslindarse de manera parcial de la rigidez que lo permea y con la participación activa y la interdisciplinariedad, hacerlo más dinámica y accesible. Esta situación no solo daría mejores resultados, sino que además sería menos engorroso y doloroso para los involucrados. En el derecho de familia deben tomarse decisiones objetivas, pero se juega muchísimo con la subjetividad de los hechos y el entorno de las partes de cada proceso que ingresa a esa jurisdicción. La propuesta en esta investigación no se trata de sustituir las decisiones administrativo-judiciales en ningún momento, sino que la posibilidad de abogado del menor es una propuesta viable, la cual es perfectamente aplicable al código procesal de familia y los cambios que se van a ver en la jurisdicción debido a la aparición de la nueva norma.

La figura del abogado del menor funciona. Como vimos los ejemplos de España y Argentina: abogado que representa legalmente los intereses personales e individuales de niños, niñas y adolescentes ante cualquier procedimiento familiar que los afecte. Aquel que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de que alguna de las otras partes involucradas se oponga a su participación. No es más que una figura en beneficio de una de las partes que además de considerarse activa, tiene derecho a ser representada, por lo cual no es una idea fuera de contexto o realidad.

Lo que esta investigación trata de rescatar es que realmente se tiene que promover una participación, no de tercero interesado de la persona menor de edad, sino de actor. A raíz de la necesidad de que se presente y se mantenga el principio de ser escuchados en ámbitos judiciales que les otorga la convención de derechos del niño.

En el caso de los procesos de custodia personal, puede que la figura del abogado del menor no sea tan rentable o tan aplicable debido a la situación que se da en dichos procesos: la decisión de con cuál padre quedarse o cuál es la mejor condición para el menor. Perfectamente podría funcionar como vocero de ser necesaria su presencia en el asunto. El artículo 26 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia plantea que “En los lugares del territorio nacional donde la Junta Directiva autorice la creación de oficinas locales, la Presidencia Ejecutiva nombrará un representante legal, quien asumirá la representación judicial y extrajudicial del Patronato en las jurisdicciones”⁹⁵ y el artículo cinco del código de familia que versa lo siguiente:

“En todo asunto en que aparezca involucrado un menor de edad, el órgano administrativo o jurisdiccional que conozca de él, deberá tener como parte al Patronato, siendo causa de nulidad relativa de lo actuado, el hecho de no habersele tenido como tal, si se ha causado perjuicio al menor a juicio del Tribunal.”⁹⁶

Es decir, el PANI busca representarse y es considerado parte en el proceso, mas no se aclara si esta parte es para representar directamente a la persona menor de edad y actuar en su beneficio o, más bien, como un vigilante de que el proceso no sea violentado. Cuando en su posición debería fomentar que el menor sea escuchado y que el resultado sea el más idóneo para todos los involucrados. Eso es un detalle que se debe que rescatar y al menos hacer notar a la hora de desarrollar estos procesos.

⁹⁵Ley 7648: Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (San José, Costa Rica; 1996)

⁹⁶ Ley 5476: Código de Familia (San José, Costa Rica; 1973) 1.

O, como se menciona en los casos de Violencia Doméstica, el proceso que se inicia en vía administrativa en lo cual se desempeña el Patronato Nacional de la Infancia, al continuar en vía judicial en vez del patronato sea un abogado del menor el encargado, con lo cual no solo se mantiene los intereses del menor prioritarios, sino que se vería la carga laboral del patronato equilibrada y realmente sería un representante del menor parte en los procesos de custodia a los cuales esta situación es perfectamente aplicable. Se obtuvo como resultado que la voz del menor no es solamente un requisito sino una necesidad clara y concisa en los procesos de derecho de familia. Darle a esa voz cierta posición es ir reconociendo su capacidad progresiva y que es necesario que tenga un representante real a la hora de desarrollarse los procesos porque muchísimos resultados en la jurisdicción de familia serían totalmente distintos si se incluyera de manera activa el menor en esos procesos.

Esta investigación nos deja además un nuevo concepto como lo es la capacidad progresiva y la custodia personal como atribución de la responsabilidad parental, que funcionan como puerta para que se desarrollen otras figuras en los procesos en materia de familia. Estos procesos mejoran resultados e incluso logran evitar la reinserción. Las partes involucradas tienen que tener voz, todas las partes tienen que ser escuchadas y el hecho del que el menor no sea una persona con una capacidad volitiva totalmente reconocida por la normativa costarricense, no implica que otras legislaciones nacionales e internacionales no le cedan ese derecho necesario para que puedan hacer oír y rescatar sus condiciones, que son responsabilidad del Estado, de sus representantes y de la misma sociedad en la que se desenvuelven.

Con respecto a la hipótesis de esta investigación, se planteó que en el sistema judicial costarricense resulta necesaria la creación de un modelo que propicie la participación y la capacidad de representarse a sí mismas, o de afianzar la representación idónea de las personas menores de edad en procesos de definición custodia, valorando modelos y sistemas internacionales o de otras áreas del derecho costarricense. Al confirmar lo descrito, sí resulta necesaria no solo para validar los derechos de las personas menores de edad, sino que impulsa a modernizar el sistema judicial con la aparición de la figura del defensor del menor o solo al implementar la posibilidad de participación a la persona menor de edad como parte.

La modernización gira el torno a la apertura del derecho de familia a nuevos métodos no solo que lo destaquen del resto de ramas del derecho, sino que le brinden herramientas que sean aptas para los procesos que se desarrollan en la materia. Procesos que involucran separaciones familiares, incertidumbres con respecto a paternidad y lo que interesa a esta investigación, las personas menores de edad.

El derecho de familia podría considerarse la rama más humana del derecho, por lo que los métodos deben dejar de lado ciertos formalismos y concentrarse en humanizar. Se defiende este concepto como una acción de la cual se priorizan procesos, en los cuales la celeridad puede implicar una diferencia en la calidad de una de las partes o en todas. Procesos interdisciplinarios que permiten la participación de otros profesionales con el propósito de obtener mejores resultados, donde todas las partes tengan representación idónea dadas las circunstancias, donde exista un pleno conocimiento de los derechos y deberes de todos con el fin de tener procesos sanos.

La figura del abogado o defensor del menor nace como alternativa entre una función administrativa que recae sobre el Patronato Nacional de la Infancia y la figura legal que de cierta manera representa. Pero que, a lo largo de esta investigación, se evidencia que no es tan eficiente como debería. El defensor del menor es viable en nuestro país, ya que estaría bajo la tutela del patronato o del Estado, por lo cual quedaría bajo el marco jurídico de un defensor regular.

La participación del menor de edad es también factible en los procesos de custodia, de una manera general porque las distintas normativas internacionales lo conciben como esencial; o, de manera más específica, porque los intereses de los menores están en juego y eso los hace partícipes directos del proceso.

Por lo tanto, de inicio a fin confirmamos la hipótesis. El sistema judicial costarricense, específicamente los procesos de custodia, está listo para renovarse. Y el Código Procesal de Familia es la primera parte de una serie de cambios necesarios en la rama del Derecho de Familia, el cual brinda excelentes bases para más cambios en otros procesos de esta rama.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos de revistas

Diana González Perrat, 'La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia: artículo basado en análisis de sentencia judicial 2437/02' en Revista Justicia y Derechos del niño N° 3. (2002).

Jetzabel Montejo Mireyo, 'Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho familiar contemporáneo.' Revista sobre la infancia y la adolescencia N°2 (2012).

Macarena Vargas Pavez, Paula Correa Camus, 'La voz de los niños en la justicia de familia de Chile', Revista Ius Et Praxis N° 17. (2011).

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', Revista Judicial de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 9. (2012).

Capítulos de libros

Emilio García Méndez, 'Legislaciones Infanto-juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias'. En: Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Antología. (San José, Costa Rica: Editorial Escuela Judicial- UNICEF, 2001).

Documentos de Sitios Web/ Sitios Web

Adrián Triglia, 'Las 4 etapas del desarrollo cognitivo de Jean Piaget Un resumen sobre la teoría del psicólogo suizo', en Psicología y Mente (sitio web), consulta realizada el 2 de Julio de 2016.

Altagracia Suriel, 'Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes: guía práctica para su aplicación' en UNICEF (sitio web), consulta realizada el 1 de Julio de 2016, http://www.unicef.org/republicadominicana/uniCef_proyecto.pdf.

Kemelmajer de Carlucci, Aída Molina de Juan y otros, 'La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial' en Pensamiento Civil (sitio web), Consulta realizada el 1 de Julio de 2016 a la página:

<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/02/Doctrina2293.pdf>

Marie Terréese Meulders, 'Les Procedures Familiares' en pays de "civil law", en Biblioteca Jurídica (sitio web), consulta realizada el 29 de Junio de 2016, www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/19.pdf.

María Victoria Cavagnaro, 'La participación de los niños en los procesos que los involucran: Una mirada a partir de la mediación familiar' en Sistema Argentino de Información Jurídica (sitio web), consulta realizada el 28 de Junio de 2016, http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090007cavagnaroparticipacion_ninos_en_proc esos.htm.

Miguel Cillero Buñol, 'El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño' en Organización de los Estados Americanos (sitio web), consulta realizada el 28 de junio de 2016 en la página:

http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf.

Libros

Diego Benavides Santos. Código de Familia: Concordado y comentado con jurisprudencia constitucional y de casación. Quinta Edición; San José, Costa Rica; Editorial Juritexto; 2014.

Alberto Brenes Córdoba; 'Tratado de las personas'. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1925.

Silvana María Chiapero, Wendi Romina Oroná y Ana Paula Fernández; Comisión nº 1, Privado Parte General: "Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana": CAPACIDAD PROGRESIVA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Diego Espín Cánovas. 'Manual de Derecho Civil Español, Tomo 4: Familia'. Madrid, España: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

Ma. Victoria Famá; Marissa Herrera. 'Participación de los Niños y Adolescentes en el Derecho Procesal de Familia'. En: Derecho Procesal de Familia, tras las premisas de su teoría general. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008.

Emilio García Méndez. 'Legislaciones Infanto-juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias'. En: Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Antología. San José, Costa Rica: Editorial Escuela Judicial- UNICEF, 2001.

Lucila García Romero. 'Teoría General del Proceso'. Distrito Federal, México, Editorial Red Tercer Milenio, 2012.

Ernesto Hutt Crespo. 'Módulo de Capacitación, contexto general, derechos de los niños, niñas y adolescentes.' San José Costa Rica, 1997.

Mary Ann Mason. 'The Custody Wars'. California, Estados Unidos: Editorial Basic Books miembro de Perseus Book Group, 1999.

Loretta Ortiz Alhf. 'Los derechos humanos del niño. Derechos de la Niñez'. Distrito Federal, México, Editorial Universidad Autónoma de México, Serie G, Estudios Doctrinales; 1990.

Víctor Pérez Vargas. 'Derecho Privado', 3ª Edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1994.

Marjorie Rodríguez Rojas. 'La responsabilidad parental e implicaciones legales en nuestro derecho patrio'. Tesis para optar el título de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 1983.

Eduardo Antonio Zannoni. 'Derecho Civil. Derecho de Familia.', 6ta. Edición. Tomo II. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2012.

Leyes, Convenios y Tratados

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 'Ley 7648: Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia; San José, Costa Rica; Editorial IJBA S.A;1996.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 'Ley 5476: Código de Familia San José, Costa Rica; Editorial IJBA S.A; 1973.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 'Ley 7654: Ley de Pensiones Alimentarias' (San José, Costa Rica; 1996)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 'Proyecto de ley: Código Procesal de Familia; San José, Costa Rica; 2014.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño; New York, Estados Unidos, Organización de las Naciones Unidas, 1989.

Congreso de diputados y Senado, 'Constitución Española.' Madrid, España; 1978.

Congreso Español; Código Civil Español; edición actualizada 2017; Madrid, España; 1889.

Senado y Cámara de diputados, Ley 26.061: 'Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes'; Buenos Aires, Argentina; 2005.

Foro y otros Medios

José Miguel Fonseca Vindas; Derecho de Familia Foro #2 Convenciones Internacionales, los Derechos Humanos y El Derecho de Familia: La capacidad procesal de las personas menores de edad en los procesos de protección y de filiación y el interés contrapuesto con los progenitores y la capacidad de conciliar. (Foro, 2010)