

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

“LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA COSTARRICENSE A LA LUZ DEL DERECHO INTERNO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES RELACIONADOS”

NATALY MICHELLE RODRÍGUEZ PORRAS

B15613

SAN RAMÓN, COSTA RICA 2016.



11 de agosto de 2016
FD-AI-605-2016

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: Nataly Rodríguez Porras, carné B15613 denominado: "La participación de las personas menores de edad en los procesos de familia costarricense a la luz del derecho interno y los tratados internacionales relacionados" 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 acuse de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Licda. Ruth Mayela Morera Barboza
Presidente	Dr. Ricardo Salas Porras
Secretaria	Licda. Raquel Piedra Alfaro
Miembro	Lic. Jorge Mario Soto Álvarez
Miembro	MSc. Isabel Rodríguez Herrera

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **03 de setiembre del 2016**, a las 2: p.m. en la sede San Ramón.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente



Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 08 de agosto del 2015

Dr. Ricardo Salas Porras

Director

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

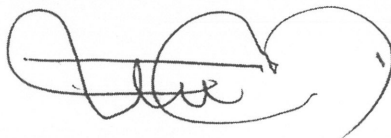
Estimado señor:

Por este medio tengo el agrado de saludarle y a la vez hacer de su conocimiento que he procedido a leer el trabajo final de graduación titulado ***“La participación de las personas menores de edad en los procesos de familia costarricense a la luz del derecho interno y los tratados internacionales relacionados”***, elaborado por el estudiante Nataly Rodríguez Porras y considero que cumple con todos los requisitos de fondo y forma, por lo que se encuentra listo para ser sometido a su defensa pública.

Cabe destacar que durante el proceso investigativo he realizado varias apreciaciones y correcciones al estudiante, quien las ha acogido adecuadamente, dando como resultado un análisis jurídico crítico que realiza un importante aporte

al estudio de participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia, de especial relevancia por el proceso de reconocimiento de derechos de las personas menores de edad que ha experimentado un importante avance en las últimas décadas.

Agradeciendo la atención a la presente se despide:

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a horizontal line, positioned above the printed name.

Lcda. Ruth Mayela Morera Barboza

Directora

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 12 de agosto del 2016

Dr. Ricardo Salas Porras

Director

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por este medio tengo el agrado de saludarle y a la vez hacer de su conocimiento que he procedido a leer el trabajo final de graduación titulado ***“La participación de las personas menores de edad en los procesos de familia costarricense a la luz del derecho interno y los tratados internacionales relacionados”***, elaborado por el estudiante Nataly Rodríguez Porras y considero que cumple con todos los requisitos de fondo y forma, por lo que se encuentra listo para ser sometido a su defensa pública.

Agradeciendo la atención a la presente se despide:


M.Sc. Isabel Rodríguez Herrera

Lectora

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 08 de agosto del 2016

Dr. Ricardo Salas Porras

Director

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por este medio tengo el agrado de saludarle y a la vez hacer de su conocimiento que he procedido a leer el trabajo final de graduación titulado "***La participación de las personas menores de edad en los procesos de familia costarricense a la luz del derecho interno y los tratados internacionales relacionados***", elaborado por el estudiante Nataly Rodríguez Porras y considero que cumple con todos los requisitos de fondo y forma, por lo que se encuentra listo para ser sometido a su defensa pública.

Agradeciendo la atención a la presente se despide:


Lcdo. Jorge Mario Soto Álvarez
Lector

San Rafael de Heredia, 13 de agosto de 2016

Señores
Universidad de Costa Rica

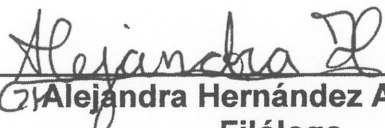
Estimados señores:

En mi calidad de filóloga, hago constar que he revisado el trabajo para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, bajo el título:

La participación de las personas menores de edad en los procesos de familia costarricense a la luz del derecho interno y los tratados internacionales relacionados, elaborado por la estudiante Nataly Rodríguez Porras.

La revisión se hizo en la parte morfosintáctica, forma, estilo, redacción, puntuación y ortografía; por lo cual este trabajo está listo en tales aspectos para ser presentado ante la Universidad.

Atentamente,


Alejandra Hernández Arguedas
Filóloga
Cédula 4 193 626
Carné 66820 del Colegio de
Licenciados y Profesores en Letras,
Filosofía, Ciencias y Artes

Alejandra Hernández Arguedas
Filóloga
Teléfono 22 37 61 66
San Rafael de Heredia

TABLA DE CONTENIDO

Contenido

TABLA DE CONTENIDO.....	i
TABLA DE ABREVIATURAS	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTOS	v
RESUMEN.....	vi
FICHA BIBLIOGRÁFICA	ix
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: “LA PERSONA MENOR DE EDAD” DENTRO DE LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	5
Sección I: Derechos humanos	5
Sección II: Derechos de niñez y adolescencia: persona menor de edad y su revalorización en el tiempo.....	16
Sección III: Derechos humanos de las personas menores de edad en Costa Rica.....	19
CAPÍTULO II: PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD A LA LUZ DEL DERECHO INTERNO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	25
Sección I: Concepto de participación y la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema	25
Sección II: Derecho de participación en los instrumentos internacionales.	28
Sección III: Derecho de participación en la normativa interna	44
CAPÍTULO III: PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.....	58
Sección I: Elementos esenciales de la participación	58
Sección II: Componentes y dimensiones presentes en la participación	66
Sección III: Participación en los procesos judiciales de familia	75
CAPÍTULO IV: APLICACIÓN PRÁCTICA NACIONAL DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA	108
Sección I: Análisis de la jurisprudencia nacional acerca de participación de los menores de edad en los procesos judiciales de familia	108
Sección II: Análisis de expedientes judiciales de familia	126
Sección III: Entrevistas	131

CONCLUSIONES	142
RECOMENDACIONES	148
BIBLIOGRAFÍA.....	151
ANEXOS.....	159

TABLA DE ABREVIATURAS

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.

CF: Código de Familia.

CNA: Código de la Niñez y la Adolescencia.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DPI: Doctrina de la Protección Integral.

DSI: Doctrina de la Situación Irregular.

ISN: Interés superior del niño.

LJPJ: Ley de Justicia Penal Juvenil.

NNA: Niños, niñas y adolescentes.

OEA: Organización de Estados Americanos.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

PANI: Patronato Nacional de la Infancia.

PISN: Principio del interés superior del niño.

Pme: Persona menor de edad.

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mis padres y mis dos hermanos Johanna y Edgardo, quienes han creído en mí más allá de mis imperfecciones, dando el cimiento de mi vida profesional mediante valores de superación, responsabilidad y compromiso.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente, agradezco a Dios la oportunidad de realizar esta investigación.

A todos mis seres queridos que de una u otra forma me han brindado su apoyo a lo largo del trayecto que ha sido esta investigación.

Al Dr. Ricardo Salas Porras, quien me ha apoyado en mi labor de investigación, con una entrega e interés que son invaluable para mí.

A mi directora de tesis Ruth Mayela Morera Barboza, quien fomento en mí la importancia la disciplina y la dedicación y a mis dos lectores, Jorge Mario Soto Álvarez e Isabel Rodríguez Herrera, por su inestimable colaboración, así como la disposición mostrada durante todo el proceso.

Agradezco también la colaboración de don Mario Murillo Chaves, por sembrar en mí el amor al derecho de familia y ofrecerme siempre su generoso apoyo en las labores investigativas.

A David Arbuola Rizo y Yijun Xie Louí, por enseñarme la importancia del compañerismo y ser mentores en formación profesional.

A don Luis Roberto Campos, por alentarme a ser mejor persona siempre y brindarme su colaboración en el transcurso de tiempo dedicado a investigar.

A mis aliados en la vida, compañeros y amigos, Andrea, Mauren, Andrés, Aarón, Emanuel, JD, Isaac, y todos mis otros amigos así como compañeros de la Universidad, por ser ese sostén que fortalece y engrandece mi vida.

RESUMEN

“La participación de las personas menores de edad en los procesos de familia costarricense a la luz del derecho interno y los tratados internacionales relacionados”

El concepto de persona menor de edad ha variado con el tiempo, siendo que actualmente es considerada como sujeto de derecho y se respeta su interés superior, lo cual ha ocupado un papel significativo en el reconocimiento de sus derechos, sobre todo con la aparición de la Convención de los Derechos del Niño, en la que se establece el derecho a la participación como un derecho principal. Esta convención fue suscrita por Costa Rica hace más de veinticinco años, proceso mediante el cual el país se ha debido adaptar a nuevas condiciones para que pueda cumplir los derechos consagrados en esta. En el caso en estudio, la participación es una ejemplificación de la transformación del concepto de persona menor de edad en su reconocimiento como sujeto de derecho.

Por lo expuesto, el tema de investigación adquiere relevancia puesto que se analizó y comprobó la participación de las personas menores de edad en los judiciales de familia, en los cuales se discuten sus derechos; de igual forma se realizó un análisis de todo el marco legal en que se fundamenta el tema, por ello se planteó la siguiente hipótesis: La participación de las personas menores de edad en los procesos de familia costarricense, es insuficiente para un adecuado ejercicio de sus derechos procesales.

Además, el objetivo general en cual se basa la investigación fue: Revisar la efectividad de la participación real de las personas menores de edad dentro de los procesos de familia costarricenses.

Por su parte, la metodología por utilizar tuvo un enfoque cualitativo al pretenderse efectuar un análisis bibliográfico tanto integro como exhaustivo de la temática tratada, por medio de artículos, libros físicos y digitales, bases de datos, doctrina, códigos, jurisprudencia y leyes nacionales e internacionales; por lo que el estudio fue igualmente analítico descriptivo, con lo cual se apreció la aplicación de la participación de las personas menores de edad en la legislación costarricense, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado.

El segundo aspecto de la metodología fue obtener criterios calificados por medio de entrevistas a autoridades nacionales e internacionales encargadas de la niñez y adolescencia, las cuales fueron: la vicepresidenta del Comité de los Derechos del Niño del ONU, un juez y una jueza de los dos juzgados de familia analizados, un juez del Tribunal de Familia, dos trabajadoras sociales del Poder Judicial de la zona de estudio, abogadas del Patronato Nacional de la Infancia de la zona y cuatro litigantes en materia familiar de la zona.

A partir de esta información, se pretendió determinar cuál es la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales y así comprobar la hipótesis. A pesar de que la investigación es cualitativa, con el fin de respaldar mejor los datos se analizaron expedientes judiciales del Tercer Circuito Judicial de Alajuela como lo son Grecia y San Ramón, para un total de sesenta expedientes de procesos de guarda, crianza y educación y regímenes de visita. Se escogió este tipo de procesos porque se discuten de manera directa derechos de personas menores de edad y el número responde a una muestra considerable según el número de expedientes anuales por despacho.

También conformó la metodología una revisión de pronunciamientos de la jurisprudencia nacional sobre este tema, para plasmar un análisis de la manera en que se ha tratado el tema en cuestión.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Rodríguez Porras, Nataly. **“La participación de las personas menores de edad en los procesos de familia costarricense a la luz del derecho interno y los tratados internacionales relacionados”**. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San Ramón, Costa Rica. 2016. V y 175.

Directora: Ruth Mayela Morera Barboza

Palabras claves: participación, persona menor de edad, Convención de los Derechos del Niño, interés superior, procesos judiciales de familia, capacidad.

INTRODUCCIÓN

La investigación realizada aborda el tratamiento brindado a las personas menores de edad como sujetos de derecho en los procesos judiciales de familia costarricense y en comparación con otros países, producto de la evolución del concepto persona menor de edad en el transcurso del tiempo en consonancia al reconocimiento de derechos, lo cual ha ejercido un significativo papel en la administración de justicia.

Aunque en la práctica el acceso a la justicia para las personas menores de edad es deficiente, el país se ha esforzado por el reconocimiento de derechos a este sector, por ejemplo, con la suscripción de la Convención de los Derechos del Niño, misma que contempla como uno de sus derechos fundamentales la participación de las personas menores edad, lo cual es el eje de la presente investigación, haciendo énfasis en los procesos judiciales de familia, donde se ejemplifica el derecho de las personas menores de edad a ser consideradas como sujetos de derecho en los procesos judiciales.

No obstante, hasta el momento en la legislación costarricense relacionada con la aplicación del derecho a la participación existen criterios dispares sobre el tema, por ello se expondrá la realidad legal frente la realidad práctica del tema, tomando en cuenta el fin de la justicia se cumple si es accesible para todos.

En el tema de la participación, hay múltiples normas que brindan protección a las personas menores de edad, así como lineamientos por parte de instituciones como la Corte Suprema de Justicia costarricense, que cuenta con una política judicial dirigida al mejoramiento del acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes en Costa Rica.

La cual entre otras medidas dispone: “El Poder Judicial velará por brindar a la población menor de edad asistencia profesional para el pleno ejercicio de derechos como el de información, expresión y ciudadanía, promoviendo más participación cuando el desarrollo de su autonomía lo permita”¹.

Ahora bien, con esta investigación verifica en la medida de lo posible qué tan cierto es lo expresado en esta política judicial en la práctica, qué tanto se cumplen o respetan estas medidas, considerando que uno de los objetivos del Poder Judicial es precisamente garantizar una defensa efectiva de los derechos de las personas y entre ellas las personas menores de edad, porque ¿cuál sería la utilidad del reconocimiento de estos derechos por el Estado, si en la práctica su titular no puede ejercerlos? Corresponde así confrontar los múltiples criterios que surgen en el momento de aplicar esta normativa o en su caso la unanimidad de ellos en los procesos judiciales.

De esta forma, el fin del presente trabajo es hacer un estudio de cómo se encuentra regulada la participación infantil acorde con el tiempo y las normas que la contemplan, para después hacer una comparación con la práctica judicial mediante la indagación en los tribunales de justicia del tema en cuestión.

¹ Silvia Navarro Romanini, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “Circular N° 82-15: Reiteración de la Circular No 63-11, sobre ‘Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica del 2015’. Consultado el 12 de setiembre del 2015. <http://www.poder-judicial.go.cr/ninnos/index.php/circulares-consejo-superior/44-circular-n-82-15-reiteracion-de-la-circular-no-63-11-sobre-politica-judicial-dirigida-al-mejoramiento-del-acceso-a-la-justicia-de-las-ninas-ninos-y-adolescentes-en-costa-rica>,3.

De acuerdo con lo mencionado, se plantea el siguiente objetivo general: Revisar la efectividad de la participación real de las personas menores de edad dentro de los procesos de familia costarricenses

Por su parte, los objetivos específicos que se desarrollan son:

- 1) Describir la evolución histórica del derecho de participación de las personas menores de edad.
- 2) Identificar la normativa aplicable a la participación de las personas menores de edad.
- 3) Revisar la participación real de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia.
- 4) Comparar la participación real de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia frente a las normas aplicables.

Como problema o pregunta de investigación, se formula: ¿Se ejercitan adecuadamente los derechos de participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia?

Además, la hipótesis de la investigación es: La participación de las personas menores de edad en los procesos de familia costarricense es insuficiente para un adecuado ejercicio de sus derechos procesales.

Por su parte, la metodología por utilizar tiene un enfoque cualitativo al pretenderse efectuar un análisis bibliográfico tanto integro como exhaustivo de la temática tratada, por medio de artículos, libros físicos y digitales, bases de datos, doctrina, códigos, jurisprudencia y leyes nacionales e internacionales; por lo que el estudio es igualmente analítico descriptivo, con lo cual se aprecia la aplicación de la participación de las personas

menores de edad en la legislación costarricense, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado.

El segundo aspecto de la metodología es obtener criterios calificados por medio de entrevistas a autoridades nacionales e internacionales encargadas de la niñez y adolescencia, las cuales son: la vicepresidenta del Comité de los Derechos del Niño del ONU, jueces y juezas de diferentes juzgados de familia, jueces y juezas del Tribunal de Familia, trabajadores y trabajadoras sociales del Poder Judicial de la zona de estudio, dos abogadas del Patronato Nacional de la Infancia de la zona de estudio y litigantes en materia familiar de la zona.

A partir de esta información, se determina cuál es la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales y así comprobar la hipótesis. A pesar de que la investigación es cualitativa, con el fin de respaldar mejor los datos se analizan expedientes judiciales del Tercer Circuito Judicial de Alajuela como lo son Grecia y San Ramón, para un total de 60 expedientes de procesos de guarda, crianza y educación y regímenes de visita. Se escoge este tipo de procesos porque se discuten de manera directa derechos de personas menores de edad y el número responde a una muestra considerable según el número de expedientes anuales por despacho.

También conforma la metodología una revisión de pronunciamientos de la jurisprudencia nacional sobre este tema, para plasmar un análisis de la manera en que se ha tratado el tema en cuestión.

CAPÍTULO I: “LA PERSONA MENOR DE EDAD” DENTRO DE LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este capítulo se fundamenta en el reconocimiento de los derechos humanos, por lo tanto, se inicia con una breve reseña histórica de estos derechos para luego comentar la revalorización que ha experimentado el concepto de “persona menor de edad”, pasando de la “doctrina de la situación irregular” a la “doctrina de la protección integral” de la mano de la Convención de los Derechos del Niño.

Además, se señalará cuál es la principal institución que debe velar por la niñez costarricense.

Sección I: Derechos humanos

En esta sección se define el concepto de derechos humanos y se brinda una reseña histórica haciendo un breve recorrido por las épocas más destacables y los tratados internacionales que surgen en cada una de ellas.

A- Concepto

Los derechos humanos no es un concepto que ha sufrido transformaciones a lo largo de la historia.

El Dr. Máximo Pacheco Gómez (citado por Amicorum y Fix-Zamudio) explica sobre los derechos humanos:

[...] toda persona humana posee derechos por el hecho de serlo y estos deben ser reconocidos y garantizados por el Estado sin ninguna discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Pero, al mismo tiempo, quiero destacar que esos derechos son fundamentales, es decir, que se encuentran vinculados con la idea de dignidad de la persona humana².

Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha definido estos de la siguiente manera:

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles³.

Otra definición es la indicada por el Dr. Ricardo Azael Escobar Delgado: “Estos son principios, atributos, cualidades y exigencias en sentido moral y político, que tienen todos los seres humanos por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Derechos inherentes a cada persona que no sólo nacen de una definición política, pero que necesitan ser consagrados y garantizados constitucionalmente por los Estados”⁴.

² Liber Amicorum y Héctor Fix-Zamudio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998), 74. Consultado el 6 de junio, 2016. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber1.pdf>

³ Alto Comisionado para los Derechos Humanos. “Derechos humanos”. Naciones Unidas. Consultado el 07 de enero, 2016, párr. 1. <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>

⁴ Ricardo Azael Escobar Delgado, “Los Derechos Humanos: concepto, visión y recorrido histórico”, *Revista Republicana*, no. 11 (julio-diciembre de 2011): 87.

Entonces, se puede entender que los derechos humanos son el conjunto de facultades reconocidas estatalmente de todo ser humano, solo por el hecho de serlo, sin hacer distinción alguna entre las cualidades particulares de cada persona, sino que operan de manera homogénea para todos.

B- Reseña histórica de los derechos humanos

Como se destacó supra, una característica de los derechos humanos es que se han definido de diversas formas, respondiendo al contexto histórico donde sean estudiados, por lo que resulta difícil fijar una época exacta para establecer su aparición. Sin embargo, la evolución que ha tenido ese concepto se puede dividir en varias épocas o edades, tal y como se detalla en la siguiente revisión histórica.

Época antigua

“En la Antigua Grecia, ya en el siglo VII a. C. en ‘Los Trabajos y los Días’ de Hesíodo, se hace mención a una ley divina que está por encima de la ley de los hombres”⁵, la cual alude a los planteamientos hechos por Platón y Aristóteles sobre la igualdad y solidaridad entre los hombres. En ese mismo orden de ideas, en la época greco-romana tuvo mayor auge la igualdad, así como la dignidad de los seres humanos.

⁵ César Manso-Sayao Atmetlla, “El interés superior del niño a la luz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso AtalaRiffo y niñas vs Chile del 24 de febrero de 2012” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2014), 5.

Edad Media

Según la investigación *El interés superior del niño a la luz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile del 24 de febrero de 2012*, publicada por Sayao Atmetlla⁶, en este momento de la historia surge el pensamiento cristiano que reconoce que los seres humanos son creación e imagen de Dios por lo cual son dignos. En esta época se descomponen las estructuras del Imperio romano, provocando dispersión y favoreciendo la instauración del sistema feudal.

La aparición del sistema feudal y su desarrollo es lo que desencadena la proliferación de la burguesía, la cual retoma la idea de la igualdad entre los hombres y, así mismo, el límite al poder público.

En el siglo XIII, y a partir de los postulados de Santo Tomás de Aquino, se impulsa el iusnaturalismo cristiano a fin de evitar que el monarca posea libertades excesivas, desarrollándose el concepto del “bien común” como una orientación normativa de quien tuviera el poder.

Son propias de esta época la carta otorgada por el Rey Alfonso IX a las Cortes de León en 1188 y la Carta Magna de Juan I de Inglaterra en 1215, ambas orientadas a poner un límite al poder público.

⁶ Ibid, 5.

Edad Moderna

En los siglos XV y XVI desaparece el feudalismo, se retoma el humanismo y se rompe con la visión teocéntrica del ser humano. La corriente más fuerte fue la de iusnaturalismo racionalista expuesta por Hugo Grocio, quien proponía que las normas por las que se rige la convivencia son naturales e inmutables. Este autor es de gran relevancia puesto que junto con Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Bartolomé de las Casas brindan las bases del derecho internacional.

Una figura que destaca en esta época es la de John Locke, conocido como el padre del liberalismo, quien sostenía que “la soberanía emanaba del pueblo y que la propiedad, la vida, la libertad y el derecho a la búsqueda de la felicidad son derechos naturales del ser humano”⁷.

En Francia tienen apogeo pensadores como Montesquieu y su teoría de la división de los poderes y el contrato social de Rousseau, ambas fuentes inspiradoras de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se definen los derechos colectivos y personales como universales. Con esto se crea la base de la primera República Francesa, con lo que se reafirma que los hombres son libres desde su nacimiento y semejantes ante la ley.

⁷ Ibid., 11

Es importante mencionar que antes de 1774, en la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo, dada en Virginia, Estados Unidos, se incluían libertades individuales como “la libertad conciencia, de propiedad, de reunión y de prensa, y, dos principios importantes sobre la soberanía popular: la división de poderes dentro del estado y el derecho a la resistencia”⁸.

Edad Contemporánea

Es marcada por la Revolución Francesa y se reconocen derechos de algunos grupos minoritarios como lo eran mujeres, niños y niñas y algunos grupos étnicos.

Para el siglo XIX, se pasa del iusnaturalismo al positivismo que, según los datos de la investigación de Atmetlla Manso-Sayao, separa la moral del derecho⁹. Su mayor representante es Hans Kelsen, quien propone una jerarquía de normas constituida por una pirámide en donde lo más alto son los tratados internacionales, seguidos por la constitución política, las normas, los reglamentos, la doctrina y la jurisprudencia.

Se justifica la posición de los tratados en consideración de la gravedad de los hechos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial. Se indica que “surge en esta coyuntura, una vez finalizada la guerra, una preocupación por los derechos humanos sin precedentes a nivel internacional”¹⁰.

⁸ Sonia Solís Umaña, *El enfoque de derechos: aspectos teóricos y conceptuales* (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2003), 2. Consultado el 10 de diciembre, 2015. <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000133.pdf>.

⁹ Atmetlla Manso-Sayao, “El interés superior del niño a la luz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso AtalaRiffo y niñas vs Chile del 24 de febrero de 2012”.

¹⁰ *Ibid.*, 15.

Antes de analizar las medidas tomadas después de la Segunda Guerra Mundial, debe hacerse referencia al Tratado de Versalles en 1919, el cual aunque fracasa por la no adhesión de Estados Unidos junto con la exclusión de Alemania y Turquía, pretendía dar las bases para paz y reorganización después de la Primera Guerra Mundial.

En 1848 la Constitución Francesa de la Segunda República incluye varios derechos relacionados al trabajo como lo son: la seguridad social del trabajador y el derecho al trabajo, así como a sus frutos.

Siguiendo la clasificación propuesta por la autora Sonia Solís en la investigación *El enfoque de derechos: aspectos teóricos y conceptuales*¹¹, en el año de 1917 aparece la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, en el III Congreso de los Soviets de Diputados, Obreros, Soldados y Campesinos en la Unión Soviética, que proclamaba que el trabajo es tanto un derecho como una obligación y reconoce el derecho a la seguridad social. En este mismo año se emite la Constitución Política de los Estados Mexicanos, consagrando en ella los derechos individuales y sociales de las personas.

Para el año de 1941, Franklin D. Roosevelt, quien fue presidente de los Estados Unidos de América, propone en un discurso cuatro libertades fundamentales, a saber: libertad de expresión, libertad de culto o creencias, libertad de vivir sin penuria y libertad a vivir sin miedo.

¹¹ Ibid., 15.

En 1945 se firma la Carta de las Naciones Unidas, primer tratado internacional cuyo objetivo es el respeto universal de los derechos humanos, teniendo como propósitos:

Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario [...]¹².

En 1948 se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esta convención genera un progreso en el tema de derechos humanos, debido a que considera “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”¹³.

Para 1986, la Asamblea General de las Naciones Unidas firma la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, gestada en 1977, que versa sobre el desarrollo como un proceso global que involucra la economía, el aspecto social, el cultural y el político.

¹² Naciones Unidas, “La Carta de las Naciones Unidas” (1945). Consultado el 10 de diciembre, 2015. <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>.

¹³ Naciones Unidas, “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (1948). Consultado el 10 de diciembre, 2015. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

Otras convenciones que son parte importante del reconocimiento de los derechos humanos son:

- La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

En la resolución de las Naciones Unidas del 11 de diciembre del 1946 se declara que el genocidio es un delito de derecho internacional que es contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena, se reconoce que todos los periodos de la historia el genocidio ha generado grandes pérdidas para la humanidad, para liberar a la humanidad de esto se necesita la cooperación internacional¹⁴.

- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965.

Los Estados partes condenan la discriminación racial sin dilaciones con una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas, según el segundo artículo de la Convención entre algunas de las medidas que deberá tomar cada estado se encuentran: Comprometerse a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;

comprometerse a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;

tomar medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;

¹⁴ ACNUR, “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio” (1948), Consultado el 27 de julio del 2016. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0023>.

prohibir y hacer cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;
estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial¹⁵.

➤ La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁶, aprobada en 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que entra en vigor como tratado Internacional el 3 de setiembre de 1981.

La convención responde a un trabajo de 30 años por parte de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, como un documento de suma relevancia por incorporar el sector femenino de la humanidad en el ámbito de los derechos humanos siempre manteniendo el espíritu de los derechos humanos el cual es reafirmar la fe en los derechos fundamentales, dignidad, el valor de la persona y la igualdad de derechos en razón de esto esta Convención así mismo establece un programa de acción que debe ser aplicado por los Estados para garantizar el goce pleno de esos derechos¹⁷.

¹⁵ Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” (21 de diciembre de 1965). Consultado el 27 de julio del 2016.<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

¹⁶ Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (18 de diciembre de 1979). Consultado el 27 de julio del 2016. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

¹⁷ Ibid.

- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

Busca hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en todo el mundo, para lo cual toma medidas, de las cuales se citarán las contenidas en el artículo 2:

Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción¹⁸.

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura¹⁹.

- La Convención Relativa a la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares²⁰ de 1990.

Toma en cuenta aspectos como situaciones de vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y sus familiares. Los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular.

De estas y otras múltiples situaciones proviene la necesidad de la convención de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención que tenga aplicación universal.

¹⁸ Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” (10 de diciembre de 1984). Consultado el 27 de julio del 2016. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “Convención Relativa a la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” (18 de diciembre de 1990). Consultado de internet 27 de julio del 2016. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>.

- La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2006²¹.

El fin perseguido por esta convención es promover, proteger y asegurar las condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad.

Sección II: Derechos de niñez y adolescencia: persona menor de edad y su revalorización en el tiempo

En esta sección se explica la transformación del reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad a lo largo del tiempo.

El contexto histórico de la revalorización de las personas menores de edad ha sufrido cambios en el transcurso de los años que responden al reconocimiento de una serie de derechos. Se partirá por explicar la “doctrina de la situación irregular” y posteriormente el paso a la “doctrina de la protección integral”, debido a que representan la transformación más significativa en la revalorización de las Pmes.

A la “doctrina de la situación irregular” se le cuestionaron muchos aspectos, como sostener que las personas menores de edad no tenían derecho a expresar su voluntad u opinión, al proclamar que el Estado era el obligado a reeducar a los niños y niñas en condiciones de abandono, peligro, delincuencia, entre otros.

El Estado disponía de las personas menores de edad con una discrecionalidad ilimitada, es decir los menores eran consideradas como objetos, no sujetos de protección.

²¹ Naciones Unidas, “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (2006). Consultado el 27 de julio del 2016. <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html>

La “tutela” tenía como finalidad conseguir la corrección o la reeducación de la niñez, dejando al arbitrio de la autoridad la duración de esta medida “era una medida de duración indeterminada, y consistía, en la mayoría de los casos en el internamiento, pues se entendía que la reeducación necesitaba el alejamiento de su entorno social habitual”²².

A fines de los años ochenta surge la Convención sobre los Derechos del Niño, con la que se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos por parte de la comunidad internacional y desencadena en los Estados firmantes un “proceso de reforma y de adecuación de los marcos legales nacionales, cuyo fin es llevar a los países hacia un cambio político cultural”²³ y con ello una nueva doctrina conocida como la Doctrina de la Protección Integral. Esto implica un cambio de paradigma, al ser las reglas de la democracia a favor de la infancia, “se les permite ser tratados como sujetos con plenas posibilidades de ejercer sus derechos”²⁴.

²² Ana Cecilia Garay Molina, *Del modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la convención internacional de los derechos del niño*. Consultado el 19 de octubre del 2015. http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805a368046d47159a274a344013c2be7/del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad+C+4.+11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805a368046d47159a274a344013c2be7,1.

²³ Universidad de Costa Rica, *VI Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica: A diez años del Código de la Niñez y la Adolescencia* (San José, Costa Rica: UNICEF, 2008), 4. Consultado el 19 de octubre del 2015. http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_EDNA_VI_CR.pdf.

²⁴ Fondo de las Naciones Unidas en Uruguay, “¿Qué es la protección integral de la infancia?”, UNICEF. Consultado el 19 de octubre del 2015. http://www.unicef.org/uruguay/spanish/overview_8887.htm,parr 3.

En general se centra básicamente en la protección de cuatro derechos principales, que representan una necesidad de las personas menores edad de ser reconocidas y respetadas de manera integral. En primer lugar, se encuentra el interés superior; en segundo lugar el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; en tercer lugar y siendo el punto medular de esta investigación, se encuentra el derecho a la participación, contemplado en el artículo número doce de esta convención, el cual conlleva a la libertad de expresión, el derecho a ser escuchados, el derecho de libre asociación, el derecho a tomar papeles activos en la sociedad y la libertad de reunirse pacíficamente; derechos en los que se profundizará en líneas posteriores, pero que se deben enmarcar dentro de una línea de derechos de una relevancia trascendental.

En el último grupo se encuentran los derechos vinculados a la protección, misma que constituye todo lo relacionado con los malos tratos, abandono y otros tipos de protecciones como las aplicadas en los tiempos de guerra.

Esta convención fue firmada por Costa Rica el 26 enero 1990 y entró en vigor mediante la Ley n° 7184²⁵ del 09 de agosto de 1990. Según se indicó, existe una fuente de derecho que indica cómo deberá llevarse a cabo el derecho a la participación de las personas menores de edad, sin embargo, el conflicto radica en cómo hacer efectivos esos derechos señalados por la convención, debido a la posición adulto centrista que tiene afianzada la sociedad costarricense, de lo cual se profundizará más adelante.

²⁵ La Asamblea Legislativa República de Costa Rica, “Ley n°. 7184 Convención sobre los Derechos del Niño: 18 de julio de 1990”, *La Gaceta*, n° 149 (09 de agosto de 1990).

“Cabe destacar que la convención no viene a favorecer solamente a aquellos sectores considerados que se encuentran en situaciones de alto riesgo, sino que viene a modificar la percepción que existe a nivel social y de la cultura jurídica sobre el conjunto del universo de la infancia”²⁶.

La convención aparece como el instrumento para modificar no solo la normativa interna de algunos países, sino para cambiar una percepción cultural acerca de las personas menores de edad, lo cual responde a una transformación en la manera de ser concebidas las Pme.

Sección III: Derechos humanos de las personas menores de edad en Costa Rica

Esta sección se basa en mostrar cómo asumió el compromiso Costa Rica en el tema de reconocimiento de derechos de las personas menores de edad en el marco del derecho internacional.

“En la última década el Estado costarricense ha asumido un compromiso ascendente en la promoción y defensa de los derechos de la infancia. [...]. Ha tomado medidas para asegurar la compatibilidad entre la convención y el marco jurídico nacional, a través de nuevas leyes o enmiendas a la legislación existente”²⁷.

²⁶ Roxana Arroyo Vargas, *Modelo de atención integral a niños y niñas y adolescentes trabajadores de y en la calle de San José, Costa Rica* (San José, Costa Rica: Editorial ILAUD, 1994), 37.

²⁷ Fondo de las Naciones Unidas, *Juntos por los derechos de la niñez y adolescencia* (Costa Rica: Unicef, 2005), 5.

Se inicia esta sección con una acotación de datos sobre la institución rectora en materia de niñez a nivel nacional, que vela por los derechos de las personas menores de edad.

Patronato Nacional de la infancia (PANI)

El instituto conocido como Patronato Nacional de la Infancia (PANI) surge en 1930 como iniciativa del profesor Felipe González Flores²⁸, pese a esto, no es hasta la administración de Calderón Guardia²⁹, en el año de 1940, cuando constitucionalmente se introducen las garantías sociales, que toman relevancia las políticas dirigidas al sector de la niñez junto con la creación de la institución encargada de proteger a los niños y niñas.

El Patronato Nacional de la Infancia es la institución rectora en materia de niñez y adolescencia, se encuentra regulada mediante su ley orgánica número 7648 de 1996, así como en la Constitución Política por medio del artículo 55, que reza: “La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado”³⁰.

²⁸ Felipe González Flores “[...] quien fue Educador, impulsor de la Escuela Normal de Costa Rica en 1914 en Heredia, escribió varios estudios de carácter historiográfico sobre el desarrollo de las ideas en Costa Rica. Fundador de la Asociación de Educadores Pensionados y su primer presidente en 1973, fundador, organizador y presidente del Patronato Nacional de la Infancia y miembro de su junta directiva durante treinta años consecutivos [...]”. Información tomada de internet el 25 de julio del 2016: <http://www.sinabi.go.cr/diccionariobiografico/biografias/268.html>.

²⁹ “[...]”el doctor Calderón Guardia estudió en Bélgica, pero, a diferencia de él que estudió en la Universidad Católica de Lovaina, se graduó de médico en la Universidad Libre en Bruselas. A su regreso a Costa Rica se incorporó al Colegio de Médicos y Cirujanos el 8 de noviembre de 1927 y desde un inicio se identificó con las necesidades de los más pobres. El doctor Calderón Guardia llegó a ser Presidente de la República el 8 de mayo de 1940 y forma parte de los pocos médicos que han tenido el honor de ocupar ese puesto [...]” Información tomada de internet el 29 de julio del 2016: <http://www.scielo.sa.cr/pdf/amc/v52n4/a03v52n4.pdf>.

³⁰ Costa Rica, “Constitución Política de la República de Costa Rica: 12 de mayo de 1961”, *La Gaceta*, N° 117 (17 de mayo de 1961), 23.

Desde su creación y hasta el momento actual, la institución ha tratado de ir a la vanguardia, reconociendo a las personas menores de edad como un elemento fundamental de la sociedad y la importancia de su protección, siendo un ente garantizador y promotor no solo de educación y de paz social, sino también de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a sus fines, la ley orgánica que la regula establece: “El Patronato Nacional de la Infancia es una institución autónoma con administración descentralizada y presupuesto propio. Su fin primordial es proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, como elemento natural y pilar de la sociedad [...]”³¹.

Se desprende de la afirmación anterior que la función del Patronato Nacional de la Infancia es fundamental en el tanto su fin radica en proteger el pilar de la sociedad, lo cual corresponde a la familia.

Para realizar su labor, el PANI cuenta con normativa nacional e internacional que se deriva principalmente de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Costa Rica en 1990, el Código de la Niñez y la Adolescencia (7739) de 1977 y su Ley Orgánica (7648) de 1996, que se constituyen en el marco legal mínimo para la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica³².

³¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley n° 7648: Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia: 09 de diciembre de 1996”, *La Gaceta*, N° 245 (20 de mayo, 1996).

³² Véase página web: Patronato Nacional de la Infancia, “Sobre el PANI”, párr. 3. Última actualización 2014. Consultado el 08 de enero del 2016. http://www.pani.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=50.

Inicialmente el PANI se regía por el paradigma de la situación irregular en donde la institución, según la investigación realizada por Flor Jara Sánchez, tenía la responsabilidad y el derecho de ser como el “buen padre de familia”, calificando a las familias como no aptas para ser las encargadas de la crianza de sus hijos e hijas³³.

Lo anterior generó la necesidad de un cambio urgente en la manera en que se pensaba para estar acorde con la doctrina de la protección integral que proclamaba la Convención de los Derechos del Niño.

Esto implicó igualmente cambios significativos a partir de la construcción teórica-conceptual de un nuevo marco de referencia que orientara la concreción del modelo de gestión, hasta cambios e innovaciones en las metodologías y formas de abordaje, con el fin de que la institución respondiera desde el enfoque de los derechos humanos.

Entre los principios que utiliza el PANI para orientar esta nueva concepción, se encuentran el interés superior sobre los demás intereses, Pme como sujetos de derecho, derechos para todos y no solo para los que están en situación complicada, desarrollo integral de cada una de sus necesidades y que todos los actores sociales serán responsables de que se cumplan sus derechos; así se reconoce en el artículo segundo de su ley orgánica:

La obligación prioritaria del Estado costarricense de reconocer, defender y garantizar los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia, el interés superior de la persona menor de edad, la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad por ser medio idóneo para el desarrollo de integral del ser humano, la protección integral de la infancia y adolescencia así como sus derechos y garantías. La dignidad de la persona humana y el espíritu de solidaridad como elementos básicos que orientarán el quehacer institucional³⁴.

³³ Flor María Jara Sánchez, “Participación de las personas adolescentes en el proceso especial de protección, desarrollado por el Patronato Nacional de la infancia en la oficina local de Orotina” (Tesis de Programa de Estudios de Posgrado en Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia, para optar al grado y título de Maestría Profesional en Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia, Universidad de Costa Rica, 2012).

³⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley n° 7648: Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia: 09 de diciembre de 1996”, 1-5.

El PANI funciona por medio de cuarenta y un oficinas locales, adscritas a las diez regionales encargadas de cubrir los ochenta y uno cantones del país.

La institución presta servicios en aspectos psicológicos, sociales, legales y socioeconómicos a las personas menores de edad en situaciones de vulnerabilidad o de violación de los derechos. La atención se enfoca en el tratamiento integral de las personas menores de edad y sus familias, tratando de restituir sus derechos, procurando su fortalecimiento y los entornos comunales protectores; con la dirección, supervisión y control de las direcciones regionales y el trabajo de las Juntas de protección a la Niñez y la Adolescencia y los Sistemas locales de protección³⁵.

Según la investigación de Flor Jara Sánchez, dentro de los servicios que ofrece la institución en respuesta del cambio de paradigma, se encuentran:

El servicio de consultoría: es aquella orientación que se les brinda a las personas menores y sus familias desde la psicología, sociología y legalmente durante un periodo determinado que no excede los tres meses, por motivos como los son los conflictos de cualquier índole, ya sea en la familia, comunidad o la escuela.

El servicio de atención inmediata: Ocurre en situaciones de emergencia ante un riesgo urgente por la violación de los derechos de las Pme.

³⁵ Patronato Nacional de la Infancia, “Programas del PANI”. Última modificación 22 de noviembre de 2010. Consultado el 19 de junio del 2016. http://www.pani.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=186&Itemid=65

“El motivo de atención institucional que se registra en este servicio es el relacionado con: ‘negligencia’, ‘maltrato físico’, ‘abuso sexual intrafamiliar’, ‘persona menor de edad sola en casa’, ‘calle’ y ‘explotación sexual comercial’³⁶.

El servicio de atención integral: Este servicio se brinda como respuesta a los casos en los que hay maltrato físico, abusos, consumo de sustancias adictivas, explotación laboral o sexual, entre otro tipo de situación donde hay violaciones a los derechos de las Pme, que ponen en riesgo su integridad por el daño o las consecuencias de este.

El Servicio legal específico: Lo brindan los profesionales en derecho, sobre trámites legales y procesos como lo son las investigaciones de paternidad, pensiones alimentarias, salidas del país, secuestro, entre otros procesos judiciales.

Como se mencionó, el Patronato Nacional de la Infancia es la institución rectora en la materia, prestando servicios a las personas menores de edad en muchas áreas y basándose en la Doctrina de la Protección Integral, razón por la cual la institución es notificada de los procesos judiciales en donde las Pmes son parte, con el fin de que haga efectivas sus políticas y servicios. Con ello también se comprueba que el país ha hecho un esfuerzo por garantizar los derechos de las personas menores de edad, mediante instituciones como el PANI, en las que se garantice la atención a personas menores de edad para que cuenten con una protección integral de sus derechos y accedan a la justicia de la manera más idónea.

³⁶ Flor de María Jara Sánchez, “Participación de las personas adolescentes en el proceso especial de protección, desarrollado por el Patronato Nacional de la infancia en la oficina local de Orotina”, 30-34.

CAPÍTULO II: PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD A LA LUZ DEL DERECHO INTERNO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En este capítulo se hace un recuento de la normativa nacional e internacional existente sobre la participación de las personas menores de edad, así como la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al tema, con el propósito de brindar el marco legal internacional acerca de la normativa interna y una entrevista a una autoridad que enriquezca la investigación.

Sección I: Concepto de participación y la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema

En la sección se comienza por definir la palabra “participación” desde diferentes aristas al ser básica para la comprensión de esta como un derecho, así como el criterio de la CIDH sobre el tema.

Según el *Diccionario de la lengua española*, esta se comprende como: “Dicho de una persona: Tomar parte en algo. Recibir una parte de algo. Compartir, tener las mismas opiniones, ideas, etc., que otra persona. Participa de sus pareceres [...]”³⁷.

Por su parte, la Unicef la concibe como “proceso de aprendizaje democrático de sus relaciones con la sociedad [...] expresión de sus intereses, preocupaciones, deseos y como una herramienta de protección”³⁸.

³⁷ Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, 23 ed. Última actualización 2014. Consultado el 10 de mayo del 2016. <http://dle.rae.es/?id=S09ab8h>

³⁸ Unicef, “Políticas públicas”. Consultado el 10 de mayo del 2016. http://www.unicef.org/mexico/spanish/politicaspUBLICAS_6907.htm

Finalmente, la Organización de Estados Americanos reconoce la participación como “El derecho de niños, niñas y adolescentes a la participación activa, a emitir opinión sobre las decisiones que les conciernen y a ser escuchados por parte de los adultos, constituye un componente básico y fundamental en el proceso de construcción de una ciudadanía responsable”³⁹.

Se desprende de lo señalado que las personas menores son sujetos de derechos, lo que es considerado de la misma forma por la Convención de los Derechos del Niño, en la cual también se les reconoce su capacidad jurídica, que no puede ni debe ser separada del interés superior ni del derecho a la no discriminación. Es la participación un conjunto de estos derechos que integran la convención.

En cuanto a la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema de participación, acorde con Chacón Jiménez, este alto tribunal se ha pronunciado sobre el tema de participación en los procesos judiciales y administrativos, específicamente en las situaciones hipotéticas que plantea la Comisión de Derechos Humanos al solicitarle a la CIDH que interprete si los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos presentan límites al arbitrio o a la discreción de Estados. Con lo que son establecidas prácticas hipotéticas para que la Corte determine la compatibilidad que poseen estas en relación con la convención.

³⁹ Organización de los Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes, *Participación de niñas, niños y adolescentes* (2010). Consultado el 10 de mayo del 2016. <http://www.iin.oea.org/iin2011/areas-de-incidencia-participacion-ninas-ninos-adolescentes.shtml>

Dentro de estas situaciones, se encuentra expresamente la participación, para la que se considera el artículo número 12 del CDN: “En razón de que el Estado deba garantizar al niño las condiciones para formarse un juicio propio [...], se le dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por su representante o de algún órgano apropiado en consonancia con las normas de la ley nacional”⁴⁰.

Este aspecto señalado por la CIDH es fundamental en el sentido de que la participación tanto de manera directa como por representantes siempre debe darse en los procesos mencionados

Otro aspecto significativo de los mencionados con respecto al tema es la edad a partir de la cual la persona menor de edad puede participar, porque puede variar de una Pme a otra según cada situación en particular. Al respecto, la CIDH (citada por Chacón Jiménez) establece:

El grupo de niños involucra todas las personas menores de 18 años, evidentemente hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia e información [...], la capacidad de decisión un niño de 3 años no es igual a la de uno de un adolescente de 16. Por ello debe de matizarse la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior [...]

⁴¹

En síntesis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara en que las personas menores de edad tienen derecho a participar y este debe respetarse, sin embargo debe hacerse de manera casuística de acuerdo al grado de madurez y capacidad de cada uno.

⁴⁰ Mauricio Chacón Jiménez, *La intervención de las personas menores de edad en los procesos de filiación* (San José, Costa Rica: Juricentro, 2008), 51-83.

⁴¹ Ibid.

Sección II: Derecho de participación en los instrumentos internacionales.

Se inicia desde una descripción de la normativa internacional en el tema de participación, porque es el fundamento jurídico de la investigación.

Participación en los tratados internacionales

Es vinculante realizar la acotación de datos acerca de cómo se encuentra regulado el tema de la participación en los instrumentos internacionales, debido a que estos tienen una jerarquía muy significativa en el ordenamiento jurídico costarricense.

“Esta aplicación de los Tratados y Convenciones Internacionales de derechos humanos en el ámbito interno de los países de América Latina puede decirse que se ha desarrollado en las últimas décadas”⁴².

Por lo tanto, en América Latina se ha observado un avance importante en la aplicación de estos tratados y convenciones de derechos humanos, lo cual es menester para la investigación, parte de un derecho que ha sido reconocido de múltiples maneras en convenciones y tratados internacionales de diversas formas, para después verificar su aplicación práctica.

Se hará una breve mención de la normativa internacional que contempla la participación y posteriormente la participación infantil, a fin de evidenciar la obligatoriedad a que se participe.

⁴² Allan Brewer-Carías, “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *Revista IIDH*, 46 (sf): 219. Consultado el 18 de diciembre del 2015. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22024.pdf>.

1- La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo diecinueve que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”⁴³.

Esto necesariamente implica que cada persona tiene libertad de expresar sus opiniones libremente y por esto no debe ser molestada o inquietada, sin limitación entre países por cualquier medio de expresión. Cada uno tiene derecho a informarse, a investigar, crear un juicio propio y expresarlo sin restricciones.

2- La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, en su cuarto artículo, indica que “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”⁴⁴.

Al igual que lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se faculta a las personas de investigar para formarse un juicio propio, con la posibilidad de difundirlo por cualquiera de los medios que así lo disponga.

3- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 19:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa, artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁴³ Naciones Unidas, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

⁴⁴ Organización de los Estados Americanos, “La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre” (1948). Consultado el 15 de diciembre del 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas⁴⁵.

Se reitera la facultad de expresar lo que se desea, sin embargo se limita a restricciones que respondan a lo que esté previamente fijado por ley y además se base en asegurar el respeto y seguridad por los demás y a nivel nacional.

De manera específica acerca de la participación de las personas menores de edad, se cuenta con el siguiente marco legal a nivel internacional:

1- Convención de los Derechos del Niño

Esta convención define al niño o niña como todo ser humano menor de dieciocho años. En la convención el derecho a participar se entiende de la siguiente manera “artículo número 12: Los Estados partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libre teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”⁴⁶.

Este artículo representa el fundamento principal del derecho a la participación porque la Convención de los Derechos del Niño no solamente responde a un cambio trascendental en materia de niñez y adolescencia, sino que además determina que los Estados partes deberán garantizar que los niños estén en condiciones de formarse un juicio propio y expresar su opinión, en función de su edad, lo cual significa que debe hacerse en razón de su capacidad evolutiva.

⁴⁵ Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (1966). Consultado el 15 de diciembre del 2015. <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/ContactUs.aspx>

⁴⁶ Asamblea Legislativa República de Costa Rica, “Ley n° 7184, Convención sobre los Derechos del Niño: 18 de julio de 1990”.

La segunda parte de este mismo artículo reza: “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”⁴⁷.

La oportunidad de ser escuchados que se les brinda a los niños abarca, según la convención, todos los procedimientos tanto judiciales como administrativos que les afecten, ya sea de manera directa o representados, lo cual llegaría a involucrar el patrocinio letrado en caso de ser necesario, esto en consonancia con los ordenamientos internos.

Sobre esta convención se realiza una “Observación general N° 12 (2009)”⁴⁸, en la que se detallan elementos necesarios para entender la manera en la que se debe dar su aplicación, por eso se cita un breve resumen de lo que se expresa en la misma:

En primer lugar, cabe destacar que se elabora basada en el artículo número doce de la convención de los derechos del niño. Debido a que el derecho a ser escuchados es uno de los valores fundamentales de la convención, el Comité de los Derechos del Niño ha considerado el derecho a la participación como uno de los cuatro principios generales de la convención: “La observación es el resultado del intercambio de información que tuvo ese día con participación de niños, la experiencia acumulada del Comité en el examen de los informes de los Estados partes y el considerable volumen de conocimientos y experiencia sobre la puesta en práctica del derecho consagrado en el artículo 12 de todas las organizaciones [...]”⁴⁹.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Naciones Unidas, “Convención sobre los Derechos del Niño “Observación general N° 12 (2009)” (2009), 5-22.

⁴⁹ Ibid.

Ahora bien, inicialmente el documento menciona que los Estados partes deben alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecer un entorno que le permita ejercer su derecho a ser escuchado; las opiniones aportadas pueden dar perspectivas y experiencias que sean útiles por lo cual deberán de tenerse en cuenta al adoptar las decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como en lo relacionado a su evaluación.

El ser escuchado es un elemento fundamental del proceso [...] Es una obligación de cada Estado parte el reconocer el derecho de participación además de garantizar su observancia escuchando sus opiniones y teniéndolas en cuenta, tal obligación lo que supone es que cada Estado parte según su sistema judicial debe de garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar las leyes para que la persona menor de edad pueda disfrutar de manera plena este derecho⁵⁰.

En el párrafo primero del artículo doce, cuando establece que los Estados partes garantizarán el derecho de la persona menor de edad a expresar su opinión, no deja margen a la discreción, por consiguiente los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños, niñas y adolescentes.

En el segundo párrafo se habla de que la persona menor de edad está en condiciones de formarse un juicio propio, lo que conlleva la obligación de evaluar la capacidad de la persona menor de edad de formarse una opinión autónoma en la medida de lo posible. Los Estados no pueden partir de la premisa de que una persona menor de edad es incapaz de expresarse, al contrario deben suponer que tiene capacidad para formarse su propia opinión y reconocer el derecho de expresarlo, no es deber de la Pme probar su capacidad.

⁵⁰ Ibid.

El niño es capaz de formarse sus propias opiniones desde una edad temprana, incluso pueden expresarlas verbalmente, por ello el pleno reconocimiento del artículo 12 implica reconocer la participación inclusive desde las formas no verbales de comunicación, como podrían serlo: los juegos, expresión facial y corporal, dibujo y pintura.

Por otra parte, los Estados partes deben garantizar este derecho en la observancia de posibles dificultades de las personas menores de edad para hacer oír su opinión, por ejemplo, cuando exista alguna discapacidad debe reconocerse el derecho a la expresión, así también con los grupos minoritarios como indígenas o migrantes que no hablen el idioma.

En el párrafo tercero se reconoce el derecho a expresar su opinión libremente, lo cual significa que la persona menor de edad podrá elegir si desea o no manifestar su opinión. El ejercer el derecho a ser escuchado lo debe elegir la persona menor de edad, lo cual no debe estar sujeto a ningún tipo de manipulación. Además, las entrevistas a las Pme no deben ser con más frecuencia de la necesaria porque dependiendo del contenido de los hechos, puede ser traumático para ellas; y estas no deben ser limitadas por una lista, sino que las Pme deben ser escuchadas en todos los aspectos que las afecten.

“En la Cumbre Mundial a favor de la Infancia da una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a las niñas contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad”⁵¹, de modo que deban ser escuchados cada vez que puedan aumentar la calidad de las soluciones.

Cuando el artículo 12 indica que se deben tomar en cuenta las opiniones del niño en función de la edad, esto se basa en la capacidad de la Pme, lo que debe ser evaluado para tomar en cuenta las opiniones o comunicarle a la Pme la influencia de sus opiniones en la decisión que se vaya a tomar.

⁵¹ Ibid.

La manera de comprensión no necesariamente está ligada a la edad biológica, inciden otros factores, por ejemplo, la experiencia, expectativas sociales y culturales, así como el entorno; por eso las opiniones deben de analizarse caso por caso.

Sobre el concepto de “madurez” señalado en la convención, se ha entendido que: “Hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado por lo que se debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño”⁵².

Aunque definir madurez es complicado, a partir de lo indicado, se puede sintetizar como la capacidad de las personas menores de edad de expresar sus opiniones de manera razonable e independiente.

Respecto al segundo párrafo, en lo relacionado al derecho de la Pme a ser escuchada en todo proceso judicial o administrativo que la afecte, el Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones. Así, se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exigen a los responsables a adoptar decisiones en los procedimientos judiciales y administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en cuenta las opiniones.

Sobre la escucha, ya sea directamente, por medio de representante o de un órgano apropiado, la Comisión recomienda que siempre que sea posible, se le brinde a la Pme la posibilidad de ser escuchada directamente en el proceso, sin embargo, si el acto de escuchar a la Pme se realiza mediante un representante, es vital que este transcriba correctamente lo que la Pme quiere decir, o sea, el representante debe estar consciente de que solo representa los intereses de la Pme.

⁵² Ibid.

También se recomienda elaborar códigos de conducta destinados a los representantes designados para la representación de las opiniones de las Pme.

Como punto final, cuando se dice en el citado artículo que debe ser en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional, se entiende que por ningún motivo debe hacerse una interpretación en la cual se permita utilizar la legislación nacional para restringir o impedir el derecho de participación.

Entre las medidas de las que habla la observación acerca de la convención, se encuentran:

Preparación: En la observación citada se indica que los responsables de escuchar a las personas menores de edad deberán asegurarse que estén informadas sobre el derecho a expresar sus opiniones en todos los procesos en los cuales se vean afectados sus intereses, así como sobre si quieren o no que se les represente y las consecuencias de esta elección: “el responsable de adoptar las decisiones debe de preparar debidamente al niño antes que sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se escuchará y quiénes son los participantes, tiene que tener en cuenta las opiniones de la persona menor de edad al respecto”⁵³.

Audiencia: La audiencia debe ser un espacio propicio para que las personas menores de edad ejerciten su derecho a ser escuchadas e inspirar confianza, de manera que la Pme esté segura de que el adulto que la está escuchando tomará seriamente en cuenta lo que opine. Las personas que pueden escucharlas, según la observación, pueden ser: jueces o juezas, maestros o maestras, psicólogos o psicólogas, trabajadores o trabajadoras sociales, médicos, entre otros; siempre que los mismos intervengan en los asuntos que afectan a las Pme.

⁵³ Ibid.

“La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral. Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, si no en condiciones de confidencialidad”⁵⁴.

Evaluación de la capacidad del niño: Las opiniones de las personas menores de edad deben considerarse en el momento de las decisiones judiciales, siempre que el niño se encuentre en la capacidad de tener un juicio propio.

Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados): Cuando el proceso en el que se escuchó la opinión de la persona menor de edad finalice, el encargado deberá informar el resultado del proceso y deberá explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. “La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, si no que se toman en serio”⁵⁵.

Quejas, vías de recurso y desagravio: Este organismo internacional recomienda que en la legislación patria las personas menores de edad deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a las personas menores de edad, que la acompañe en este proceso de escucha. Es necesario que las Pme conozcan que existen estas personas y la manera de acceder a ellas. Cuando se trate de procesos judiciales y administrativos, las Pme deben tener derecho a un recurso de apelación y denuncia.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

En la observación son mencionadas obligaciones básicas de los Estados partes y estrategias para conseguirlas, las cuales serán sintetizadas a continuación:

“Se impone la obligación de revisar o modificar su legislación para introducir mecanismos que den acceso a los niños a las personas menores de edad a la información pertinente, el apoyo adecuado, información sobre la consideración otorgada a las opiniones, procedimiento de denuncia y recurso de agravio”⁵⁶.

Para cumplir la citada obligación, se imponen las siguientes medidas:

- Revisar y retirar las declaraciones restrictivas y las reservas respecto el artículo 12.
- Establecer instituciones independientes de derechos humanos, como defensores del niño.
- Impartir capacitaciones sobre el artículo 12 y su aplicación práctica a todos los que se vinculen con personas menores de edad.
- Responder, con las condiciones apropiadas para el apoyo y estímulo, a las personas menores de edad con el fin de que expresen su opinión y asegurarse que sean tomadas en cuenta, esto mediante fuertes cimientes en las leyes y códigos institucionales y sean evaluadas respecto de su eficacia.
- Realizar campañas públicas que abarquen a los líderes de opinión y los medios de difusión masiva a fin de combatir las actitudes negativas acerca de la participación, producto de conceptos tradicionalistas.

⁵⁶ Ibid., 15.

2- 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad

El objetivo de las reglas de Brasilia es que se garantice el acceso a la justicia de las personas que presenten condiciones de vulnerabilidad, con ello abarca medidas y políticas que apoyen a estas.

Las personas menores de edad son parte de estas reglas, refiriéndose a su derecho a la participación de la siguiente manera:

“Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria”⁵⁷. Por lo tanto, la legislación costarricense ha contraído un compromiso que está materializado mediante un proceso de implementación de las Reglas de Brasilia para la Promoción del Acceso a la Justicia por las Niñas Niños y Adolescentes.

3- Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes

En la convención iberoamericana se considera que debe avanzarse en reconocer los derechos de los jóvenes para promocionarlos y es una obligación de los Estados garantizar las mejores medidas para la aplicación de los instrumentos, mediante la creación de normas, declaraciones o políticas.

⁵⁷ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad” (2008). Consultado el 10 de mayo de 2016. <https://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf>.

Sobre la participación en su artículo 19, segundo apartado, se indica que “los jóvenes menores de edad tienen derecho a ser oídos en caso de divorcio o separación de sus padres para efectos de atribución de su propia guarda, así como, a que su voluntad sea determinante en caso de adopción”⁵⁸.

El divorcio, la separación de los padres o la guarda, crianza y educación son los procesos en los cuales las personas menores de edad tienen derechos de manera directa.

Esto es lo que prevé la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, que tengan la posibilidad de accionar estos derechos y se les escuche para ser considerados en las decisiones judiciales. Incluso habla que en los procesos de adopción su voluntad sea determinante.

4- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) es el principal organismo humanitario en favor de la defensa de todos de derechos de los niños del mundo. En el tema del derecho de participación, ha establecido: “El derecho de la niñez a participar, a expresar su opinión y a ser escuchada implica un nuevo relacionamiento con los adultos, en el que éstos deben aprender a escuchar”⁵⁹.

De esta forma, se puede observar que la participación cuenta con un abordaje íntegro en lo relativo a expresar la opinión y ser escuchado.

⁵⁸ Organización Iberoamericana de la Juventud, “Convención Iberoamericana del Derecho de los Jóvenes” (2005), 19. Consultado el 26 de agosto del 2015. [http://www.unicef.org/lac/CIDJpdf\(3\).pdf](http://www.unicef.org/lac/CIDJpdf(3).pdf).

⁵⁹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Derecho a la Participación”, párr. 2. Consultado el 24 de setiembre de 2014. http://www.unicef.org/argentina/spanish/children_11137.htm.

Entrevista a la vicepresidenta del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Para reforzar esta sección, se elaboró una entrevista mediante una guía de preguntas⁶⁰ a la vicepresidenta del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Dra. Sara Oviedo Fierro⁶¹, para contar con un criterio de una experta sobre el tema. Se obtuvo la siguiente información:

- Sobre la aplicación de la CDN por parte de los países

Yo creo que en general los países sí han tomado medidas, unos más y otros menos, como era de esperarse, y la prueba de ello es que a nivel global hay otra situación de los NNA, ya están en las políticas públicas, no lo que se requiere, pero sí con mayor presencia, ya hay más inversión, aunque no lo suficiente. Creo y estoy convencida que la CDN sí marcó el inicio de un proceso a favor de NNA – niños, niñas y adolescentes, que tendrá un largo camino que recorrer y del cual todos somos responsables⁶².

- La principal limitante para la aplicación de la CDN por parte de los países

La falta de voluntad política que, a su vez, es porque ellos no logran comprender que la etapa más importante para garantizar que los seres humanos asuman otra forma de ser y de actuar, más íntegros y responsables con ellos mismos y su sociedad, es en la niñez. Lo que se deje de hacer en los primeros años de vida, más adelante no será posible revertirlo, esto parecería que no todos los Estados, las sociedades y las familias entienden a plenitud⁶³.

⁶⁰ Ver anexo 1.

⁶¹ La Dra. Sara Oviedo Fierro es la actual vicepresidenta del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), también ha tenido cargos como secretaria ejecutiva del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y representante titular de Ecuador ante el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente.

⁶² Dra. Sara Oviedo Fierro, entrevista 19 de julio de 2016.

⁶³ Ibid.

- Si los tribunales de familia respetan los derechos de los Pmes

La mayoría en las leyes, reglamentos y normativa que las crea definitivamente sí lo reconocen, porque justamente una de las recomendaciones que realiza el Comité de los Derechos del Niño a todos los Estados, es que si ratificaron la CDN deben ser coherentes y adecuar las leyes nacionales a estos mandatos y la mayoría de países ya lo han hecho, sobre todo en la Región de América Latina. El problema es la aplicación de estos mandatos legales en la cotidianidad del ejercicio profesional de los tribunales de familia, ahí rige el criterio de los jueces y magistrados, ellos están bajo la óptica de la doctrina de la situación irregular, es decir, consideran que los NNA son una suerte de propiedad de los adultos y que ellos, los adultos, deben resolver qué es lo que les conviene y como no cuentan con el criterio de los propios NNA para ello, la mayoría de veces sus decisiones definitivamente no son las mejores para los NNA. Además de que no actúan con celeridad ni con la atención que requiere ser abordada una decisión dirigida para los NNA⁶⁴.

- Los desafíos que la consideración de los derechos de los niños impone a los jueces de familia

[...] yo marcaría dos desafíos principales: la consulta a NNA sobre toda decisión que se vaya a tomar sobre ellos y si los NNA tienen la madurez y la edad para dar sus criterios. Esta es una práctica que por suerte cada vez más se está extendiendo en el mundo, e incluso consta en las normativas vigentes, pero que los jueces no lo ponen en práctica por negligencia y falta de confianza en el criterio de los NNA.

El otro aspecto es que debería existir un mandato explícito y las sanciones correspondientes, a los jueces que no despachan en los plazos establecidos las decisiones que tienen que ver con los NNA, siempre se dice y es una gran verdad el tiempo en los NNA es diferente que en los adultos, ellos están en crecimiento, sus necesidades cambian día a día y se pierde de hacer cada minuto⁶⁵.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

- Los principales efectos a nivel internacional desde la suscripción de la CDN

Los efectos a nivel internacional son pocos efectivamente pensando en la concreción de los derechos de los niños. Tal vez el más importante, es que en ciertas regiones, se ha logrado acuerdos bilaterales para parar la trata y el tráfico de personas; otro avance, sería que se ha posicionado mejor las demandas de NNA en el ámbito internacional, en el sentido de que hay más cabida en los debates de los órganos multilaterales, para los derechos de la niñez y adolescencia⁶⁶.

- El principal desafío de la CDN

Yo considero que el principal reto que ha enfrentado la aplicación de la CDN son las concepciones y comportamientos culturales, que mantienen que los NNA no son capaces de pensar, de decidir, de expresar sus propias opiniones, intereses y pensamientos. El adulto centrismo es una práctica cultural como es el machismo, y mantiene a un grupo importante de la sociedad: los NNA, sin la protección necesaria y el respeto y consideración que requieren como sujetos titulares de derechos⁶⁷.

- Sobre el cumplimiento del derecho de las personas menores de edad a ser escuchadas como ha sido planteado por la CDN

Es un proceso que ha iniciado, sobre todo en nuestra Región, hay un sinnúmero de experiencias en las cuales se ha promovido este importante derecho que es la puerta de entrada para su realización como sujetos de derechos y para lograr la exigibilidad de los otros derechos. Pero, al igual que los otros aspectos, será un proceso largo hasta que la sociedad asuma este mandato de la CDN, porque justamente para los adultos, les resulta inconcebible que se deba tomar en cuenta el criterio de los NNA y esos cambios culturales tomarán mucho tiempo.⁶⁸

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

- El derecho más vulnerado en materia de niñez a pesar de la existencia de la CDN

“La integridad de los NNA, en todos los aspectos de sus vidas, en el ámbito emocional, físico y sexual, poniendo en grave riesgo la vida en la mayoría de los casos, por la existencia de modelos violentos de crianza. Ellos, los NNA por su edad no pueden defenderse por sí mismos y aquellos que deberían protegerlos, ponen en riesgo su vida”⁶⁹.

De la entrevista se extraen datos importantes de los cuales es necesario hacer mención. En primer lugar, a pesar de que el derecho internacional existe como un producto de muchas injusticias que despertaron la necesidad de protección de determinados derechos a lo largo de la historia, en la práctica es complicado ejecutarlo.

Costa Rica ha suscrito múltiples tratados internacionales que han generado cambios favorables en la aplicación de justicia, pero en el campo de la investigación, que es los derechos de la niñez, pareciera que la CDN no ha encontrado la respuesta adecuada y esto no solamente se relaciona con el cambio en la legislación, sino también con la aplicación de la misma por parte de los operadores de derecho, tema que será analizado a profundidad más adelante.

Sin embargo, cabe destacar que para la aplicación de cualquier tratado se debe hacer de forma integral, por una parte con normas, pero lo más relevante es el cambio cultural, en este caso en específico el cambio en la forma en la que se trata a las personas menores de edad, deben ser consideradas como sujetos de derecho para que se cumpla la CDN, así como debe existir voluntad política que responda adecuadamente.

⁶⁹ Ibid.

Sección III: Derecho de participación en la normativa interna

A continuación se hace una descripción de la participación en la normativa interna costarricense para evidenciar la respuesta a la CDN en el tema de participación de la Pmes en procesos judiciales y el cambio de paradigma al considerar estas “sujetos de derecho” en el derecho nacional.

La Convención de los Derechos del Niño es amplia con respecto a este tema al establecer que la participación puede ser a nivel tanto judicial como administrativo. Siguiendo lo explicado por Anabella Del Moral, abarca otras materias en donde incluso anteriormente no se contemplaba la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes fueran consultados, algunas de estas son divorcios, educación, salud, recreación, guarda, entre otras⁷⁰. Además, en cuanto a la participación, puede ser de manera directa, o bien, mediante un representante, pero esta forma de regular la aplicación de la participación es libre para cada legislación, lo cual ha representado un reto para algunas.

La opinión del niño o niña es necesaria en todos los procesos en los que se discuten sus derechos. A efectos de la investigación, es preciso determinar cómo sucede la participación en la práctica en los procesos judiciales, por lo que serán mencionados algunos de los procesos judiciales costarricenses y la forma en la que este sector accede a la justicia.

⁷⁰ Anabella Del Moral Ferrer, “El derecho a opinar de las niñas, niños y adolescentes en la convención de los derechos del niño”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, I (julio-diciembre 2007): 1.

Aunado a lo anterior, además del derecho a ser escuchados, es importante conocer la legitimación de las personas menores de edad para interponer procesos judiciales, los cuales serán desarrollados de manera breve y mediante ejemplos de cómo funciona en algunos procesos judiciales, sobre todo clasificado en tres grandes grupos: proceso penal juvenil, proceso laboral y proceso civil.

A- Proceso penal juvenil

El proceso penal juvenil, al igual que en las demás ramas del derecho, responde a un cambio de paradigma que la materia ha atravesado a lo largo de un periodo de tiempo. En relación con lo anterior, se citarán tres momentos históricos expuestos por el Dr. Álvaro Burgos Mata⁷¹.

En un primer periodo, la juventud era considerada como incapaz, débil e indigente, y los menores infractores como anormales.

La legislación para este momento respondía a corrientes basadas en criterios de peligrosidad y conductas preselectivas. Los castigos impuestos en ese momento eran severos y se les sometía a trabajos excesivos, es decir eran ante todo objetos, no sujetos de protección.

En un segundo periodo, se giraba en torno a la doctrina de situación irregular, que ubica a los jóvenes y niños excluidos de los medios que los protegen, como podría serlo la familia, escuela o comunidad. Este periodo se caracterizaba por judicializar a estas personas por todo, la competencia de los jueces ante esto era ilimitada.

⁷¹ Álvaro Burgos Mata, *Manual de Derecho Penal Juvenil* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2011), 101.

No se contaba con garantías procesales en los procesos penales, como sí las tenían los adultos.

En el tercer periodo, el derecho penal juvenil de este momento inicia con la Convención de los Derechos del Niño, lo cual marca una significativa diferencia con la forma en cómo se venía concibiendo el derecho penal, lo que da cabida al nacimiento del derecho penal juvenil.

La concepción de personas menores de edad como objetos de derecho desaparece y se comienzan a tratar como sujetos de derecho, con lo que se les reconocen garantías procesales. Judicializar todas las situaciones deja de ser lo común, porque algunas de estas situaciones se debieron enmendar mediante nuevas políticas estatales.

El derecho de participación es un derecho de las personas menores de edad en los procedimientos penales juveniles: “La persona menor de edad tiene derecho a participar directamente en este proceso, esto, en vista de los posibles efectos negativos que la resolución de dicho proceso puede provocar para sus intereses”⁷².

Es decir, es posible de manera directa, según lo ha establecido Burgos Mata, que el niño o niña y su defensor tengan en todo momento del proceso derecho de petición y de adquirir conocimiento, lo cual significa que la persona menor de edad puede tener acceso a la autoridad judicial que tramita el proceso, estableciendo todo lo que considere menester y estas autoridades deben garantizar su derecho a ser escuchada y de resolver las gestiones necesarias con prontitud⁷³.

⁷² Ibid, 101.

⁷³ Ibid.

La opinión de la persona menor de edad es necesaria en todos los procesos en donde se discuten sus derechos. A efectos de la investigación, es preciso determinar cómo se da la participación en la práctica en los procesos judiciales, por lo que serán mencionados algunos de los procesos judiciales costarricenses principales y la forma en la que este sector accede a la justicia.

La persona menor de edad debe contar con acceso al expediente y revisarlo cuando le parezca pertinente -para lograr esto las autoridades judiciales deberán de facilitárselo-, y con el derecho de intimidación, o sea, a ser informado de la causa por la que se le juzga, lo cual debe ser coherente con el fundamento de la resolución judicial.

Respecto a la legislación, le corresponde, entre otras, a la Ley de Justicia Penal Juvenil, la cual se establece lo siguiente sobre su ámbito de aplicación: “Ámbito de aplicación según los sujetos serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales”⁷⁴.

En el aspecto de cómo se materializa la participación de las personas menores de edad en los procesos penales cuando sean sujetos de la supuesta comisión de algún delito, se garantiza el principio de defensa: “Artículo 22.- Principio de inviolabilidad de la defensa. Los menores de edad tendrán el derecho a ser asistidos por un defensor, desde el inicio de la investigación policial y hasta que cumplan con la sanción que les sea impuesta”⁷⁵.

⁷⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley Orgánica 7576 de Justicia Penal Juvenil: 08 de marzo de 1996”, *La Gaceta*, No. 12 (08 de marzo 1996): 1-5.

⁷⁵ *Ibid.*

Esta es una garantía que no debe ser violentada de ninguna manera, así como es imprescindible que se cuente con patrocinio letrado, es decir, el Estado debe dotar de defensor público a la persona que no pueda pagar uno. De acuerdo con Burgos Mata, no podrá ser sustituido por alguno de sus padres, o algún psicólogo o trabajador social; esta asistencia debe ser estrictamente jurídica.⁷⁶

“Artículo 23.- Derecho de defensa. Los menores de edad tendrán el derecho de presentar las pruebas y los argumentos necesarios para su defensa y de rebatir cuanto les sea contrario. En ningún caso podrá juzgárseles en ausencia”⁷⁷.

El derecho expuesto brinda la posibilidad de que la persona menor sea parte del proceso en sí, participe presentando las pruebas y argumentos necesarios para concretarlo.

Otro principio que se encuentra completamente ligado a lo mencionado anteriormente es el siguiente: “Artículo 24.- Principio del contradictorio. Los menores de edad tendrán el derecho de ser oídos, de aportar pruebas e interrogar a los testigos y de refutar los argumentos del contrario. Lo anterior está garantizado por la intervención de un defensor y del Ministerio Público dentro del proceso”⁷⁸.

Este principio remite al hecho de que de ninguna manera se podría condenar a la persona menor de edad sin antes escucharla, o sea, sin que participe en todas las dimensiones de la expresión y que esto sea tomado en cuenta en igualdad de condiciones con las demás partes del proceso.

⁷⁶ Álvaro Burgos Mata, *Manual de Derecho Penal Juvenil*.

⁷⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley Orgánica 7576 de Justicia Penal Juvenil: 08 de marzo de 1996”.

⁷⁸ *Ibid.*

Por otro lado, como señala el autor del Manual, cada órgano en esta materia cuenta con un rol distinto: “El órgano fiscal debe ser objetivo durante todo el proceso y de esa forma buscar la aproximación a la verdad de los hechos que se investigan, mientras que el defensor debe representar al acusado menor de edad en forma profesional acompañándolo a cualquier tipo de gestión o reconstrucción así como debate y hasta la fase de ejecución de la sentencia”⁷⁹.

Como también lo indica el CNA sobre el derecho de denuncia: “Artículo 104º- Derecho de denuncia. Se garantiza a las personas menores de edad el derecho a denunciar una acción cometida en su perjuicio y a ejercer, por medio del representante del Ministerio Público, las acciones civiles correspondientes”⁸⁰.

En esta misma línea de ideas, es menester anotar que además de esta normativa, a nivel del Poder Judicial costarricense se cuenta con un *Protocolo de atención a víctimas mayores y menores de edad de delitos sexuales y explotación sexual comercial cometidos por personas mayores de edad*, en el cual entre algunas de las medidas que establece, implica mayor participación de la víctima dentro de la justicia penal, involucrando cambios en los paradigmas, pasando de la justicia retributiva entendida como aquella que “se fundamenta en dar un mal por otro mal, es retribuir al delincuente con un castigo, es decir, con la pena, en especial la de privación de la libertad por el mal causado a la víctima con el

⁷⁹ Álvaro Burgos Mata, *Manual de derecho penal juvenil*, 92.

⁸⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley N° 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia”, *La Gaceta*, N° 26 (06 de febrero, 1998):11-32.

delito”⁸¹, a la justicia restaurativa, la cual “se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones, más que en castigar a los delincuentes”⁸².

Entre los derechos que menciona el protocolo citado, en relación con el tema de participación, se encuentran:

Ser informado sin demora, ser asistido con intérpretes, libertad de expresión y opinión, derecho a expresar su opinión libremente en todos los espacios que le afectan, acceso a información, comprender los procedimientos legales, a ser informado sobre el funcionamiento de los tribunales en general, derecho a la protección durante el proceso (puerta cerrada), a tomar en cuenta las opiniones de las víctimas, el no sufrir discriminación y a conocer el estado y contenido del proceso. Se evidencia que mediante el manual se procura un justo acceso a la justicia de parte de las todas aquellas personas que sean víctimas especialmente en condiciones de vulnerabilidad como lo es una persona menor de edad⁸³.

Algunos de los principios señalados para la interpretación del derecho de una víctima, según el protocolo anotado, son los siguientes: “La no discriminación, no violencia, acceso a la justicia, autonomía personal diversidad, el resultado discriminatorio, integralidad e interdependencia de los derechos humanos, no re victimización, interés superior de la persona menor de edad, entre otros”⁸⁴.

⁸¹ Cárdenas Márquez, Álvaro, *La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia* (Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada, 2007), 204.

⁸² *Ibid.*, 201.

⁸³ Poder Judicial de Costa Rica, *Protocolo de atención a víctimas mayores y menores de edad de delitos sexuales y explotación sexual comercial cometidos por personas mayores de edad* (San José, Costa Rica: sn, 2008), 1-15.

⁸⁴ *Ibid.*, 1-23

Dentro de las recomendaciones que se hacen en el protocolo, se establecen ciertas condiciones específicas para las personas menores de edad, como lo son:

- ✓ Que se primordial considerar el interés superior de la persona menor de edad.
- ✓ Garantizar la formación de un juicio propio
- ✓ Tener en cuenta las opiniones del niño, niñas y adolescentes, conforme a su edad y madurez. Para comprender mejor la forma en
- ✓ Escuchar al niño, niñas y adolescentes durante todo el proceso
- ✓ Brindar un debido acompañamiento que garantice el cumplimiento del debido proceso [...].
- ✓ Entre otros⁸⁵.

A lo largo de este documento se determinan diferentes aspectos en los que la participación es clave, como lo son la forma en la que se recibe la denuncia, la valoración inicial de la denuncia, diligencias de investigación con relación a la víctima, entre otros aspectos que no serán detallados al no ser parte del objeto de la presente investigación; sin embargo, se puede sintetizar la participación en materia penal de la siguiente manera:

En materia penal, las personas menores de edad se encuentran legitimadas para actuar personalmente, ya sea como ofendidas, imputadas o que figuren como testigos.

En cuanto a la representación, la norma indica que deben contar con una debida representación que las asesore a lo largo de todo el proceso, aunque mantienen la posibilidad de aportar pruebas e interrogar a los testigos, se muestra así que la manera en la que actúa es directa.

⁸⁵ Ibid.

B- Proceso civil

✓ la que es planteada la participación en los procesos civiles costarricenses, es trascendental definir algunos conceptos previos de acuerdo con estudios recientes de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica:

Capacidad jurídica: “La capacidad jurídica consiste en una atribución genérica que el ordenamiento jurídico hace a las personas físicas o naturales y jurídicas de la condición de sujeto de derecho, ya que atribuye la titularidad de derechos y obligaciones”⁸⁶.

La capacidad legal: Obedece a una construcción legal que abarca los derechos otorgados por medio de lo que es conocido como capacidad jurídica, que es también definida como “la capacidad de obrar supone la atribución por el ordenamiento a las personas físicas o naturales y jurídicas de la capacidad de actuar jurídicamente, cuáles son las acciones jurídicas que los sujetos pueden realizar”⁸⁷.

Se trata así de dos capacidades muy distintas en virtud de que si bien la legal es la puesta en práctica de la jurídica, necesita de algunos requisitos para que pueda darse como tal, por ejemplo, la edad.

Capacidad jurídica en la normativa costarricense: El artículo 31 del Código Civil costarricense señala: “[...] la persona es reconocida desde trescientos días antes de su nacimiento, y en este momento obtiene la capacidad jurídica que es la que permite ser portador de derechos y obligaciones”⁸⁸.

⁸⁶ Universidad Estatal a Distancia, *Persona y personalidad jurídica. capacidad jurídica y capacidad de obrar* (San José, Costa Rica: UNED, 2012), 1. Consultado el 14 de julio de 2015. <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-10-persona-y-personalidad-juridica-capacidad-juridica-y-capacidad-de-obrar>.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Olman Arguedas Salazar, Comp. *Código Civil: con jurisprudencia y anotaciones de la Sala Constitucional/recopilación de la jurisprudencia* (San José, Costa Rica: Juritexto, 2004), 32.

A partir de este concepto resulta necesario diferenciar la capacidad de actuar o capacidad procesal, que se le concede a una persona para ser escuchada en las instancias judiciales o para interponer procesos judiciales de la capacidad de la que habla el artículo 31 del Código Civil, que se adquiere, como se indicó, por ser una persona física, incluso reconocida antes de su nacimiento. Para ello se acudirá al Código Procesal Civil costarricense que establece: “Artículo 102.- Capacidad procesal: Tienen capacidad para ser parte quienes tengan el libre ejercicio de sus derechos. De no ser así, actuarán en proceso mediante representación. Las personas jurídicas actuarán por medio de sus representantes, de conformidad con la ley, sus estatutos o la escritura social”⁸⁹. Norma que especifica que los actos realizados por las personas que no tengan libre ejercicio de sus derechos deberán ser representados.

Por otra parte, en los actos efectuados por las personas menores de edad, el Código Civil expresa: “Artículo 38.-El menor de quince años es una persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice, salvo los determinados específicamente por la ley”⁹⁰. Se menciona que las personas menores de quince años son absolutamente incapaces, es decir, los actos que lleven a cabo carecen de validez.

⁸⁹Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley No. 7130 Código Procesal Civil de Costa Rica: 3 de noviembre de 1989”, *La Gaceta*, N° 208 (3 de noviembre, 1989), 21.

⁹⁰ Olman Arguedas Salazar, Comp. *Código Civil: con jurisprudencia y anotaciones de la Sala Constitucional/recopilación de la jurisprudencia*, 32.

En el mismo cuerpo normativo, se hace la siguiente aclaración:

Artículo 39: Los actos o contratos que el mayor de quince años realice por sí mismo, siendo todavía menor serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor cuando alcance la mayoría, salvo: 1 Si se tratare de su matrimonio; y 2. Si ejecutare o celebrare el acto o contrato diciéndose mayor y la parte con quien contrató tuviere motivo racional para admitir como cierta tal afirmación⁹¹.

Por lo tanto, en materia civil se puede inferir que la participación de las personas menores de edad es vista de la siguiente manera: El menor de 15 años debe ser representado, los actos hechos en este rango de edad son relativamente nulos y no es posible que la persona menor de edad sea el actor o demandado sin representación legal, solamente podrá hacerlo como testigo.

Es relevante hacer la acotación de lo que indica el nuevo Código Procesal Civil costarricense que entrará a regir a partir del 2018⁹², el cual en su artículo 19.2 establece acerca de la capacidad procesal y la legitimación: “Tendrán capacidad procesal quienes conforme a la ley posean capacidad de actuar. La capacidad, 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”⁹³.

Con lo que se remite a otra norma específica sobre la materia sin concretizar nada acerca del tema.

⁹¹ Ibid.

⁹² Sergio Artavia Barrantes, Comp. Nuevo Código Procesal Civil: concordado y con índice analítico (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2016).

⁹³ Ibid., 49.

C- Proceso laboral

En materia laboral, la normativa interna costarricense señala que el derecho a trabajar para las personas menores de edad es a partir de los 15 años, está dentro del Código de la Niñez y la Adolescencia, en los artículos 78 a 103, dentro del régimen especial de protección al trabajador adolescente.

Así, el artículo 78, “Derecho al trabajo”, menciona: “El Estado reconocerá el derecho de las personas adolescentes mayores de quince años a trabajar con las restricciones que imponen este Código, los convenios internacionales y la ley [...]”⁹⁴.

Del mismo modo sobre la igualdad de condiciones se establece: “Artículo 79° Igualdad de derechos. Todas las personas adolescentes serán iguales ante la Ley y gozarán de la misma protección y garantías que las personas adultas, además de la protección especial que les reconoce este Código. Disfrutarán de plena igualdad de oportunidades, remuneración y trato en materia de empleo y ocupación”⁹⁵.

Así se evidencia que en materia laboral el Código de la Niñez y la Adolescencia sí le otorga legitimación al mayor de quince años y menor de dieciocho años para ser o figurar como parte actora; en todo caso se la dará audiencia también al Patronato Nacional de la Infancia.

⁹⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley N° 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia”, 23.

⁹⁵ Ibid.

Según el artículo anteriormente citado, para un menor de 15 años está prohibido laborar, por lo que no puede ser parte de un proceso laboral. En este sentido la jurisprudencia nacional en diversos votos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado:

Como sucede en otras naciones, en Costa Rica el trabajo adolescente está sujeto a un régimen especial en cuya cúspide se encuentra el Convenio N° 138 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la edad mínima de admisión al empleo [...] Ese instrumento internacional de alcance general vino a sustituir a los que se aplicaban a sectores económicos específicos (trabajo marítimo, agricultura, industria, etc.) y estableció en 18 años la edad mínima de admisión plena a cualquier tipo de empleo o trabajo⁹⁶.

Acerca de la capacidad que se concede dentro de la materia laboral, la jurisprudencia, basándose en la norma citada del Código de la Niñez y Adolescencia, sobre el régimen especial de protección al trabajador adolescente, además de concederles la posibilidad de trabajar que ya fue explicada en líneas anteriores, se les provee de capacidad, la cual es fundamental para su participación: “[...] así como capacidad jurídica plena para celebrar actos y contratos relacionados con su actividad laboral y económica y para demandar el cumplimiento de las normas jurídicas aplicables [...]”⁹⁷.

Por lo tanto, se procura la protección de las personas adolescentes, pero sin negarles la posibilidad de ser parte de los procesos judiciales.

⁹⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Proceso Laboral: Resolución 2008-000233 de 14 de marzo del 2008, 09:55 horas (expediente 06-000031-0810-LA).

⁹⁷ Ibid.

Entre otras de las normas específicas que son citadas en la jurisprudencia mencionada, este tema se encuentra regulado en:

El “Reglamento para la contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes”, Decreto Ejecutivo N° 29220- MTSS de 30 de octubre, publicado en La Gaceta N° 7 del 10 de enero de 2001; que se encarga de regular aspectos como la prohibición de determinados trabajos pesados para las personas adolescentes, los salarios mínimos y las limitaciones en las jornadas.

Según la jurisprudencia citada, se faculta a las Pme con plena capacidad para la celebración de actos y contratos, lo cual hace inferir que están autorizadas para ser parte en los procesos laborales de manera directa, pero con la desventaja de que no se les provee de patrocinio letrado para su adecuada representación.

Como último aspecto, sin dejar de ser importante, en materia constitucional según lo indicado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cualquier persona puede interponer un recurso de amparo con lo que se desprende que las personas menores de edad se encuentran legitimadas para interponer un Recurso de Amparo y participar de manera directa en estos procesos.⁹⁸

⁹⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley N° 7135 Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica: 19 de octubre del 1989, *La Gaceta*, N°198 (19 de octubre, 1989) ,10.

CAPÍTULO III: PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

En este capítulo se abarca la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia, desde los elementos esenciales que deben estar presentes hasta aquellos componentes que integran la participación.

En primer lugar, se hace una breve descripción de la participación en los procesos judiciales de familia en Uruguay, Chile y Argentina, haciendo énfasis en las medidas tomadas desde la suscripción de la CDN, posteriormente se centra en el derecho costarricense y cada uno de los procesos judiciales de familia.

Sección I: Elementos esenciales de la participación

En esta sección se explicará cuáles son los elementos esenciales para que se cumpla la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia, partiendo por definir el derecho de familia: “[...] se señala que el Derecho de Familia es el conjunto de normas que regulan las relaciones familiares, principalmente entre esposos y entre padres e hijos, aunque también tiene en cuenta otras relaciones de parentesco”⁹⁹.

⁹⁹ Carlos López Díaz, *Manual de derecho de familia y Tribunales de Familia*, (Santiago, Chile: Talleres de LOM, 2005). Consultado el 16 de julio del 2016. www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho_de_Familia/MANUAL%20DE%20DERECHO%20DE%20FAMILIA%20-%20TOMO%20I%20-%20CARLOS%20LOPEZ%20DIAZ.pdf.

Según este autor, el derecho de familia es un conjunto de normas encargadas de regular las relaciones familiares, sin embargo, el derecho de familia no solo se compone de normas meramente jurídicas, sino que se integra con otras ramas, generando que sea un derecho integrado por múltiples disciplinas, por ejemplo, es necesario considerar a los trabajadores y trabajadoras sociales, psicólogos y psicólogas, peritos judiciales, entre otros.

Además el derecho de familia se compone de una serie de normas internas, que serán explicadas más adelante, pero también lo hace en combinación de una serie de normas internacionales, sobre todo enfocadas en el resguardo de los derechos humanos.

En materia de niñez, se integra el ordenamiento interno con normativa internacional, con lo que se genera que el derecho se amplíe y sean protegidos de una mejor manera los derechos de las personas menores de edad.

A- Interés superior de la persona menor de edad y su relevancia en la participación

En este segmento se conceptualiza el interés superior y se entrelaza con la participación en los procesos judiciales, específicamente de familia.

“El derecho de opinar que se garantiza a los menores de edad debe ejercerse de forma coherente con el principio del interés superior del menor [...], por lo que no siempre la opinión de dicho menor será oportuna y necesaria, en términos de su grado de madurez, edad y estabilidad emocional”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Rolando Soto Castro, *La opinión de las personas menores de edad como garantía procesal y derecho fundamental: Colecciones Derecho y Justicia: Derecho de Familia*, (Heredia, Costa Rica: Poder Judicial, 2011), 133-135.

Esto se refiere a que siempre el interés superior deberá tomarse como plataforma para la aplicación del derecho de participación, entendido el primero como: “Es en sí mismo un principio rector, que se traduce en un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible”¹⁰¹.

Al ser el interés superior un principio rector en la materia, es indispensable que sea reflejado en la aplicación de este derecho, es decir, el escuchar a estas personas debe hacerse en pro de su bienestar según cada caso en particular, debido a que habrá momentos en los que según la naturaleza del proceso o las propias especificidades del caso sea mejor no llevarlo a estrados judiciales.

De acuerdo con la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (citada por Soto Castro), sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, estableció que las personas menores de edad, entendidas como aquellas que tienen de cero a dieciocho años, tienen las mismas garantías y protección que las personas adultas¹⁰².

¹⁰¹ Martha Isabel Villar Torres, *Interés superior del menor significado y alcances*. (Guanajuato, México: sn, 2008), 3-4. Consultado el 14 de julio de 2015. <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/255.pdf>.

¹⁰² Rolando Soto Castro, *La opinión de las personas menores de edad como garantía procesal y derecho fundamental: Colecciones Derecho y Justicia: Derecho de Familia*.

Con respecto a las particularidades de este derecho, se determinó:

Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior [...]. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste [...]¹⁰³.

El fin es que las personas menores de edad logren el acceso a la justicia con los medios propicios mediante una normativa y operadores de derechos que respondan a todas las necesidades de este grupo. No obstante, habrá una serie de particularidades propias en razón de su condición de vulnerabilidad.

B. Capacidad en el derecho a participar

La capacidad es un elemento esencial en la participación, porque conlleva diversos aspectos que influyen de manera directa en que a las personas menores de edad se les otorgue o no participación en los procesos judiciales, por ello es preciso establecer diferencias entre los tipos de capacidad y su relación con el tema.

¹⁰³ Ibid., 137.

B.1-Capacidad procesal en la participación infantil

Existe una estrecha relación entre la capacidad procesal de las personas menores de edad y su participación en los procesos judiciales de familia, porque la capacidad es el medio principal por el cual se acciona la participación y es que el derecho de familia no se separó nunca por completo del derecho civil, sino que universalmente es parte del él.

“Partiendo de la normativa procesal civil en muchas ocasiones resulta insuficiente o inidónea para resolver los conflictos familiares, podríamos concluir que aunque no exista una ley procesal de familia, existen muchos institutos procesales que deben ser analizados, interpretados y aplicados de manera diversa a la tradicional”¹⁰⁴.

De modo que hablar de derecho de familia es recordar que estos procesos judiciales requieren un tratamiento especial, el cual deberá estar ligado a la interpretación y análisis de aquellas personas que lo ejercen.

La capacidad procesal, según Mauricio Chacón Jiménez, se refiere a la posibilidad de participar personalmente en un proceso¹⁰⁵. Normativamente sobre la capacidad procesal, el Código Procesal Civil indica: “Tienen capacidad para ser parte quienes tengan el libre ejercicio de sus derechos. De no ser así, actuarán en proceso mediante representación [...]”¹⁰⁶; más específicamente, “[...] los actos o contratos que el mayor de quince años realice por sí mismo, siendo todavía menor serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor cuando alcance la mayoría [...]”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Mauricio Chacón Jiménez, *La capacidad procesal en el proceso de familia, Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008), 231-258.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley No. 7130 Código Procesal Civil de Costa Rica: 3 de noviembre de 1989”, 21.

¹⁰⁷ Ibid.

En este sentido las personas menores de edad están facultadas para ser parte de los procesos judiciales de familia, o sea, para actuar como sujetos directos, según sus capacidades. Sin embargo, “en Costa Rica, es sumamente frecuente que en el derecho de familia se confunda a la parte con su representante.

En todos los expedientes donde se debaten pretensiones que inciden sobre Pme, estas no son quienes figuran como ‘partes’, sino que aparecen sus representantes legales [...]”¹⁰⁸.

Es preciso hacer la diferencia entre la capacidad para ser parte civil o capacidad jurídica y la capacidad procesal, debido a que la primera de ellas es la que conlleva ser titular de derechos, mientras que la segunda es entendida como: “la capacidad para comparecer como parte válidamente en juicio”¹⁰⁹; esta capacidad es llevar a la práctica los derechos de participación, en la cual se podrían generar problemas de aplicación por parte de los operadores de derecho.

B.2 -Autonomía progresiva en la participación infantil

El concepto de autonomía o capacidad progresiva implica “la asunción por los niños, niñas y adolescentes, de roles o funciones, conforme a su desarrollo y madurez lo cual, como puede advertirse con facilidad, es absolutamente contrario al sistema rígido”¹¹⁰.

La progresión de la autonomía para ser parte de un proceso de una persona menor de edad puede variar en razón no solo de su edad, sino de múltiples factores que inciden en

¹⁰⁸ Mauricio Chacón Jiménez, *La capacidad procesal en el proceso de familia, Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, 231-258.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Carlos Gabriel Del Mazo, *Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes: su intervención en los términos de la Ley 26.529* (Argentina: Universidad de Buenos Aires, 2012), 1-6. Consultado el 12 de julio, 2016. <http://derecho.sociales.uba.ar/files/2014/03/Bibliograf%C3%ACa-complementaria-Resumen-art>.

sus comportamientos o estilos de vida, por ello, para hablar de la capacidad que posee una Pme, debe analizarse de manera casuística.

Según la CDN, en su quinto artículo:

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 Convención¹¹¹.

En lo relacionado a la autonomía, se considera que se debe valorar que los niños son sujetos de derecho, esto implica: “Los niños no serán considerados ni menores ni incapaces ni carentes, sino como personas totales, seres humanos completos y respetados, poseedores de un conjunto de recursos y potencialidades y titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”¹¹². Se desprende de la definición que ser sujeto de derecho abarca tener pleno goce de la titularidad de todos los derechos, sin restricción alguna.

Con ello las personas menores de edad quedan en igualdad de condiciones que los adultos, con la salvedad de que se les brinde dirección y orientación para que ejerzan sus derechos, lo cual les facultaría ser parte en los procesos judiciales de familia y ser escuchados y tomados en cuenta en los procesos.

Lo propuesto por la CDN en definitiva rompe los esquemas establecidos anteriormente en los que las Pme eran consideradas como objetos de derecho y, por ende, incapaces. Ahora la capacidad progresiva deberá ser analizada de manera gradual en cada una de las personas menores de edad:

¹¹¹ Organización de los Estados Americanos, “La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre”.

¹¹² Nelly Minyersky, *El niño como sujeto de derecho* (sf). Consultado el 12 de julio de 2016: http://www.econ.uba.ar/planfenix/docnews/III/Derechos%20de%20la%20infancia/minyersky_N_el_nino_como_sujeto_de_derecho.pdf.

La capacidad progresiva es un concepto que pretende explicitar una evolución escalonada y paulatina en la esfera de autonomía de los sujetos y asimilar la evolución legal a la evolución psíquica-biológica. Por ejemplo, un niño de 2 años no tiene la misma madurez ni desarrollo que un niño de 13 años y no obstante ello, el sistema jurídico de capacidad le dispensa el mismo tratamiento¹¹³.

La capacidad progresiva es un concepto que fundamenta la participación, al posibilita valorar la situación en concreto de cada una de las personas menores de edad de acuerdo a su evolución psíquica-biológica y, en esta medida, participe.

Sin embargo, no quiere decir que un niño o niña de dos años, en razón de su edad no pueda participar, sino que cada quien participe en la medida que le sea posible, pero todos lo hagan porque es un derecho que debe ser respetado.

A pesar de que lo expuesto tiene una base legal, y la CDN indica que los Estados partes deberán garantizar este derecho, según Carlos Gabriel del Mazo, es obligación de los padres dirigir y orientar a sus hijos, esto es, brindar una herramienta para que puedan ejercer de manera progresiva sus derechos, acompañarlos en un camino que los haga independientes, de modo los niños y niñas sean sujetos de derecho en la relación paterno-filial.¹¹⁴

Así, el reconocimiento de lo establecido en la CDN no solo implica cambios en la legislación familiar, sino que también en asuntos culturales entre la relación de padres a hijos, para ser guías en el proceso de autonomía de las personas menores de edad.

¹¹³ Carlos Gabriel Del Mazo, *Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes*, 1-6.

¹¹⁴ Ibid.

Ahora bien, no solo es labor de los padres de familia, también otros órganos auxiliares podrían encargarse de fomentar este tipo de capacidad progresiva; lo que se intenta recalcar es que las esferas de la autonomía van desde la perspectiva legal hasta la cotidiana en escuelas, colegios, entre otros. De esta forma, más allá de la norma, implica un cambio cultural.

Las exigencias de la sociedad actual y la socialización temprana de los niños, los aleja rápidamente de la esfera de control de sus padres y por lo tanto es necesario un esfuerzo adicional de tiempo y dedicación, para poner los límites que sean necesarios para su crecimiento progresivo, pero a la vez dotarlos de las herramientas para que paulatina pero sostenidamente, puedan ir adquiriendo mayores posibilidades de desempeñarse autónomamente en su vida como personas independientes, hasta convertirse en adultos. Ese es el gran desafío que impone la función parental en los albores del siglo XXI¹¹⁵.

Si bien se ha avanzado en materias como la tecnología, el derecho de familia se ha quedado al margen, es necesario que avance conforme lo hace la sociedad. Las capacidades de las Pme no son las mismas que en el siglo anterior, por lo que en respuesta de ello se debe contar con un sistema legal que responda a esos cambios, pero también con una sociedad dispuesta a responder a ellos.

Sección II: Componentes y dimensiones presentes en la participación

En esta sección se desarrollan los distintos componentes y dimensiones que son parte de la participación y deben estar presentes en todos los procesos en los cuales se discutan derechos de personas menores de edad.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 6.

La participación infantil cuenta con diversas aristas que la Organización de los Estados Americanos¹¹⁶ clasifica como dimensiones, las cuales son explicadas a continuación:

A. Dimensiones de la participación infantil

1. Dimensión social

La participación subyace en diferentes dimensiones como la esfera social y psicosocial, en la que destaca como una condición necesaria para el pleno desarrollo de las personas.

Esto se debe a que los seres humanos desde el nacimiento o incluso antes de este, cuentan con participación para preservar la vida y posteriormente ser asignados en un determinado grupo social, en el que será parte dentro de las tradiciones y cultura; es entonces donde surge una participación que se liga a la pertinencia.

A partir de este momento, la autonomía progresiva toma más fuerza, en el sentido de que el niño o niña comienza a ser parte de aquellas decisiones colectivas y con ello a participar desde que conforma la identidad hasta que se forman los lazos afectivos, evidenciándose la puesta en práctica del conjunto de decisiones que son propias del desarrollo cognitivo de cada persona.

Ser parte de una colectividad es vivir de alguna manera en cooperación con los demás, en la que los propios criterios se pueden crear y expresar siendo respetados e involucrando la participación. Sin embargo, para que se pueda concretar, es trascendente que este derecho sea reconocido por los demás y por ellos mismos, es decir, que se les

¹¹⁶ Organización de los Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes, *Participación de niñas, niños y adolescentes*.

reconozca la condición de actor: “Una persona que se reconoce como actor puede valorar sus formas de ver, de sentir, de entender el mundo y su propia vida”¹¹⁷.

2-Dimensión de fortalecimiento de derechos

Siguiendo con lo expuesto por la Organización de los Estados Americanos¹¹⁸, ante mayor participación, se vulneran menos derechos a los niños y las niñas, porque esto permite que estos no sean invisibles en situaciones violentas en un mundo predominantemente adultocentrista, en donde sus testimonios carecen de credibilidad, como si faltaran de capacidad para transmitir lo que perciben, lo cual los ubica en un escenario de descalificación por completo de las personas menores de edad.

Para que se fortalezcan estos derechos y las convenciones en la materia se reflejen en la práctica, los niños, niñas y adolescentes deben revalorarse a través de la promoción eficiente de su derecho a participar, de modo que tengan mayor derecho a opinar y ser escuchados, pero con políticas, programas o acompañamientos que respondan al fortalecimiento de este derecho, es decir, que se trabaje en colectividad en pro de este derecho y las demás instituciones colaboren en este aspecto, adquiriendo capacidad de organizarse y de trabajar en equipo entre las entidades e instituciones gubernamentales que cuenten con una relación directa con los niños, niñas y los adolescentes.

Además que se responda a los convenios internacionales, así como a los estudios de los diferentes expertos que sirvan como doctrina en la aplicación de derechos de esta población, para integrar de mejor manera el tratamiento de este tema.

¹¹⁷ Ibid., 16.

¹¹⁸ Ibid.

3-Dimensión democrática y educación en derechos humanos

La dimensión de la participación en la esfera de la democracia se encuentra ligada directamente con el ejercicio de la ciudadanía, desarrollado por la Organización de los Estados Americanos¹¹⁹. Lo anterior está acorde con la educación que se les brinda a las personas menores de edad, pues esta es un componente primordial para la democracia, del mismo modo que la construcción de una cultura de derechos, por lo cual es relevante promover la participación de los niños, niñas y adolescentes en sus ambientes escolares e incluso a que formen parte de los distintos procesos educativos de sus escuelas, pues no basta con que conozcan la existencia de varios tratados en los cuales se encuentran contemplados derechos que les competen, deben verlos en la esfera de su aplicación práctica en todos sus ámbitos sociales.

Pero para lograrlo, es necesario que la sociedad colabore y promueva las políticas o prácticas que asistan estos derechos, desde la escuela hasta la comunidad; que en estos espacios el derecho a la participación sea cotidiano.

“En síntesis podríamos concluir que educar en derechos no es educar para participar sino educar a través de la propia participación, no es necesariamente una educación curricular sino una promoción de aprendizajes que debe articular distintas estrategias y transversalizar diversos espacios cotidianos”¹²⁰.

La posibilidad de participar, como se ha expuesto, de cierta manera tiene injerencia en muchas otras áreas de la cotidianidad, en las que ni siquiera se percibe, pero que es clave para el desarrollo pleno de una persona menor de edad.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid., 22.

B. Componentes de la participación de las personas menores en los procesos judiciales de familia

Como parte de esta sección, se abordará, principalmente desde la perspectiva de dos autores, los componentes que integran la participación.

1. El derecho a opinar como componente de la participación

“El derecho a opinar y ser oído de niños y adolescentes se introduce en la Convención sobre los Derechos del Niño como un principio novedoso que apareja cambios en la interrelación con éstos como sujetos de derecho”¹²¹.

El derecho a participar, recalcando “el derecho a ser oído”, es visto como un principio dentro de la convención porque tiene repercusiones en otros derechos. Según la autora Anabella Del Moral, el derecho a opinar es considerado de manera tridimensional: 1- Derecho a expresar sus opiniones, 2-derecho a ser oídos y 3-derecho a que esas opiniones sean tomadas en cuenta siempre de acuerdo a su madurez y edad del niño, niña y adolescente.¹²²

Estos tres aspectos son componentes que no deben de separarse porque la ausencia de cualquiera de ellos implicaría que no se dé el derecho a la participación de forma completa.

¹²¹ Anabella Del Moral Ferrer, “El derecho a opinar de las niñas, niños y adolescentes en la convención de los derechos del niño”, 1.

¹²² Ibid.

2. Derecho a expresar sus opiniones

Se refiere a la posibilidad de expresar lo que piensa haciendo una manifestación o mostrando alguna inquietud, de esta posibilidad solo se debería privar si fuere incapaz de concebir sus propias opiniones. A pesar de que se tomen en cuenta la edad y la madurez, de ninguna manera deben limitarse este derecho; sería el caso de la persona recién nacida.

Además, en el sentido estricto del derecho a ser escuchados, podría considerarse que los niños y niñas no emiten opiniones, pero sí sus propios juicios desde su discernimiento valorativo de la realidad.

Hodgkin et al. (citado por Del Moral Ferrer) explican que en el Manual de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño no hay una sección que se reserve a la autoridad de los padres o cualquier adulto donde no tenga lugar la opinión de un niño o niña; así como tampoco puede ser forzado, influenciado, presionado o coaccionado a opinar. Por este supuesto pierde efectividad porque la persona menor de edad siempre tendrá el derecho a elegir si quiere o no opinar y en el caso que no lo haga, puede deberse a presiones¹²³.

Lo anterior es una discrepancia clara de lo que pasaría con un adulto que se asume autónomo, no obstante, en este caso se trata de seres humanos que están en su pleno desarrollo donde su comportamiento podría ser manipulado, por ello es clave la información con la que estas personas cuenten al emitir sus opiniones, acerca de las consecuencias y opciones, todo de acuerdo a su edad.

¹²³ Ibid.

3. El derecho a ser escuchado

Siguiendo con el esquema de conceptos planteados por la autora Anabella Del Moral, el derecho a ser escuchado proviene de aquella obligación que tiene el receptor, quien generalmente es un adulto, de escuchar la opinión, prestando suficiente atención para comprender cuál es el significado de lo expresado, más aun considerando que en él se encuentra la facultad de tomar decisiones que afecten directamente a la persona menor de edad, porque la participación involucra también que el niño o la niña se sientan tomados en cuenta, al disponer del tiempo necesario y todos los medios involucrados en su atención puesto que la participación debe ser a todo nivel¹²⁴.

4. El derecho a que sus opiniones sean debidamente consideradas

Este es el tercer componente de la tridimensionalidad de derechos que integran el derecho a opinar planteado por Anabella Del Moral, quien afirma que no sirve de nada admitir la opinión, posterior a escucharla, si esto no se toma en cuenta en el momento de decidir algo que sea determinante en la vida de algunas de estas personas menores de edad, siempre acorde con su madurez y edad.¹²⁵

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid.

Además, señala que para cualquier persona es fundamental expresar de alguna u otra manera su opinión acerca de determinado tema que es relevante para su vida. Pero ¿cómo trasladar este derecho a las múltiples consideraciones que requieren las personas menores de edad? Al respecto, la convención no ha establecido una línea de criterios o medidas sobre la manera en que debe materializarse, sino que se deberá acudir a la progresividad de sus capacidades, ante esto se debe prestar atención a la edad y madurez de cada uno.

Sumado a lo anterior, según Landsdown, la participación que plantea la Convención de los Derechos del Niño en su artículo número doce no se limita al derecho a la expresión verbal, sino que también puede darse de otras múltiples maneras como lo son: emociones, dibujos, pinturas y canciones; debido a que inclusive quienes tengan serios problemas de aprendizaje son capaces de comunicarse expresando su opinión.

En la medida que esta participación sea tomada en cuenta, dependiendo de la edad y madurez, según lo indica el artículo, la participación se daría en cuatro niveles:

- Ser informado; esto representa que antes de brindarles participación sean informados acerca de lo que está pasando.
- Expresar una opinión informada; como segundo aspecto, una vez que conocen lo que están pasando, pueden expresar una opinión basada en lo que saben.
- Lograr que dicha opinión sea tomada en cuenta; como tercer aspecto no consiste solamente en informarlos y que opinen, también se debe considerar esa opinión como parte fundamental en las decisiones judiciales.

- Ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones; este último aspecto se vincula con crear conciencia en las personas menores de edad, acerca de que son responsables de su opinión.¹²⁶

Para este autor todas las personas menores de edad con capacidad de expresión pueden participar en los primeros tres niveles. En relación con el artículo número cinco de la convención, el cual implica que los adultos deleguen la posibilidad de asignar responsabilidades a los niños, niñas y adolescentes según sus capacidades y desarrollo progresivo, no se explicitó que la edad constituya un agente básico para el desarrollo de las habilidades de conocer y comprender.

No obstante, sí es imprescindible reconocer el proceso de autonomía de cada uno de manera particular, sin pretender que sea un fenómeno común con todas las personas que posean la misma edad, mismo que es parte fundamental de los derechos de todo ser humano.

“Se les confiere a los padres el derecho de tomar decisiones en nombre del niño, ya sea hasta que se le juzgue apropiado delegar la responsabilidad al niño mismo o hasta que alcance la edad mínima prescrita por ley”¹²⁷.

La Convención de los Derechos del Niño determina que la participación es clave y completamente necesaria en los procesos judiciales, no obstante siempre responderá acorde a la edad y madurez de cada uno en particular, de ninguna manera pretende dejarlos desprotegidos, pero tampoco caer en el otro extremo de imponerles mayor responsabilidad de la debida.

¹²⁶ Gerison Lansdown, *La evolución de las facultades del niño*, (Sesto Fiorentino, Italia: UNICEF, 2005), 20-21.

¹²⁷ Ibid.

En cuanto a las dimensiones de la participación planteadas por cada uno de los autores, se pueden observar similitudes que se complementan entre sí, permitiendo contar con concepciones integrales sobre la materia, en el tanto es considerado que se deben escuchar las opiniones, pero que las mismas estén previamente informadas y sean tomadas en cuenta por la autoridad judicial que las recibe, como también que los menores sean responsables de la decisión tomada. Esto responde a un cambio de paradigma respecto a lo que se sostenía antes de la Convención de los Derechos del Niño.

“Es importante destacar que el cumplimiento de los derechos del niño no puede depender de su capacidad de ejercer la autonomía o del hecho de que haya alcanzado una edad determinada”¹²⁸.

En resumen, no se puede condicionar la aplicación de un derecho a una edad o condición específica, no obstante, debe considerarse la manera, la posibilidad en que los mismos puedan ejercer los derechos, así como si es necesaria o no la representación de sus padres por las responsabilidades que el tema conlleva.

Sección III: Participación en los procesos judiciales de familia

En la presente sección se hace una descripción de las medidas tomadas en respuesta a la CDN, en derecho comparado y en la legislación nacional; posteriormente se enfatiza en cada proceso de familia costarricense.

Según lo explicado en líneas anteriores, la participación es un concepto amplio que puede abarcar distintas aristas y desde la suscripción de la CDN, ha generado múltiples cambios en el tratamiento del tema, los cuales son parte de los procedimientos judiciales de familia.

¹²⁸ Ibid.

En los primeros años en los que ocurre la suscripción de la CDN por parte de los países latinoamericanos:

La convención, en la misma lógica, no reduce el tema de su implementación a la modificación de las leyes, sino que incorpora la reforma legal dentro de las medidas dirigidas a garantizar los derechos; sin embargo, la interpretación latinoamericana de la Convención implicó que en cuestión de la garantía de los derechos humanos de los niños [...], se redujera a derogar las leyes tutelares de menores¹²⁹.

De manera que la Convención trae consigo un tema de reduccionismo legal para América Latina, en el tanto el adecuarse produjo una derogación legal.

“Solo en América Latina, en ninguna otra parte del mundo, los informes de los Estados, presentan un discurso llamativamente parecido”¹³⁰. En otras palabras, la línea de interpretación sobre la convención es muy similar en Latinoamérica, pero no en Europa, África, Asia o cualquier otra parte del mundo.

Según la autora Mary Belof, esto se debe a que la CDN fue presentado como el reemplazo o sustituto estructural del tutelarismo clásico. Se interpreta no como algo nuevo, sino como la continuidad de lo que se estaba realizando, de manera tal que quedó condicionado en la idea de que el principal problema en derechos de niñez era la ley que lo regulaba.¹³¹

Hoy se ha pretendido cambiar ese enfoque; a más veinte años desde la aparición de la CDN, la mayoría de países han modificado sus leyes, pero el problema radica en la aplicación de esas leyes, es decir, su interpretación en la realidad.

¹²⁹ Mary Beloff et al., *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI* (Buenos Aires, Argentina: ERREPAR, 2011), 18-25.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

A modo de ejemplo, se citarán algunos países para explicar brevemente cómo han adecuado su legislación para la aplicación del derecho a la participación de las personas menores de edad y la relación de esto con el ordenamiento jurídico costarricense. Se comenzará por Argentina.

A-Argentina

Se hará mención de la legislación Argentina, así como de figuras que tienen intervención en los procesos de familia, con el fin de dar a conocer detalles que se acerquen más a la comprensión del derecho argentino para facilitar la comparación con otras figuras del derecho costarricense y de las normativas de cada uno de los países mencionados.

- 1- Ley 26.061: “De protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”

Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”¹³².

¹³² Poder Legislativo Nacional de Argentina, “Ley 26061 Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes: 8 de septiembre del 2005” (Octubre 21 de 2005). Consultado el 13 de febrero de 2016. http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1635/nac_ley26061_protecinteg_derechosninosadolesc.pdf.

Se puede desprender de esta norma que al hablar de protección integral de los derechos de las Pme, se refiere a la nueva concepción que se le ha dado a este grupo de personas a lo largo del tiempo, como fue explicado en capítulos anteriores, mediante la cual son reconocidas como sujetos de derecho.

Con respecto a la aplicación de la participación de las Pme en los procesos de familia, merecen atención dos aspectos acerca de la obligatoriedad de esta ley, presentes en su según artículo:

Primer aspecto

“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 de edad”¹³³.

En este apartado es relevante porque se evidencia que la Convención de los Derechos del Niño es de carácter obligatorio en todos los actos que se lleven a cabo en las diversas esferas como lo son la administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza, por lo tanto, la legislación argentina expresamente identifica la importancia del cumplimiento de la convención y el reflejo de esto en la normativa interna de su país.

¹³³ Ibid.

Segundo aspecto

“Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”¹³⁴.

Es de especial atención esta parte del artículo porque de manera tácita indica que las Pme tienen derecho a que se les escuche y además a ser atendidas en todos los ámbitos por lo cual deja abierta la posibilidad de que expresen opiniones y sean escuchadas más allá de su edad o del ámbito en el cual se discutan sus derechos.

Por otra parte, más adelante en esta ley se hace alusión al mismo aspecto de manera más específica:

Artículo 24. — Derecho a opinar y a ser oído: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo¹³⁵.

De lo expuesto por este artículo se desprende que las Pme pueden expresarse libremente siempre en concordancia con la graduación de su madurez y desarrollo, lo que es conforme con la CDN y la teoría de la protección integral en la que las Pme son sujetos de derecho.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid.

El cómo se ejecuta dentro del ordenamiento jurídico argentino se encuentra planteado en el artículo veintisiete como garantías mínimas en los procedimientos judiciales de la citada norma, de la cual se explicarán algunos aspectos sobre sus garantías y derechos:

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte [...] ¹³⁶.

A efectos de esta investigación, este artículo indica como derecho que el Estado argentino vela porque se garantice la opinión de las Pme y además que esa opinión sea primordial en el momento de considerar una decisión acerca del derecho que se vulnere.

c) A ser asistido por un letrado preferentemente 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; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte ¹³⁷.

Por otra parte, se les garantiza de la misma manera un letrado para que los asista, preferiblemente especializado en la materia. Se pretende un acceso a la justicia efectivo por parte de la legislación interna de Argentina.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

A.2. Institutos argentinos en materia de niñez y adolescencia

Con el fin de garantizar el acceso a la justicia, la legislación argentina crea diversas figuras para una adecuada protección de los derechos de las Pme, de las cuales se citarán algunas a continuación:

1- Secretaría Nacional: se encuentra plasmada en la Ley 26.061 (artículo 43) como un organismo especializado en derechos de infancia y adolescencia y algunas de sus múltiples funciones son:

- a) Garantizar el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia y establecer en forma conjunta, la modalidad de coordinación entre ambos organismos con el fin de establecer y articular políticas públicas integrales;
- b) elaborar con la participación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en esta ley;
- c) ejercer la representación necesaria ante todos los organismos oficiales de asesoramiento y contralor en materia de medios de comunicación;
- d) ejercer la representación del Estado nacional en las áreas de su competencia¹³⁸.

2. Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia: es parte de la Ley 26.061, a partir del artículo 45.

Estará integrado por quien ejerza la titularidad de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, quien lo presidirá y por los representantes de los Órganos de Protección de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia existentes [...] tendrá funciones deliberativas, consultivas, de formulación de propuestas y de políticas de concertación, cuyo alcance y contenido se fijará en el acta constitutiva [...]¹³⁹.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

Algunas otras de sus múltiples funciones son:

- a) Concertar y efectivizar políticas de protección integral de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;
- b) participar en la elaboración en coordinación con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en la presente ley;
- c) proponer e impulsar reformas legislativas e institucionales destinadas a la concreción de los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño;
- d) fomentar espacios de participación activa de los organismos de la sociedad civil de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reconocidas por su especialidad e idoneidad en la materia, favoreciendo su conformación en redes comunitaria¹⁴⁰.

3. Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes: Es también parte de la citada ley a partir del artículo cuarenta y nueve mediante el cual se dispone que “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 y las leyes nacionales”¹⁴¹. Sus funciones son:

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. Para ello puede tomar las declaraciones del reclamante, entenderse directamente con la persona o autoridad reclamada y efectuar recomendaciones con miras a la mejoría de los servicios públicos y privados de atención de las niñas, niños y adolescentes, determinando un plazo razonable para su perfecta adecuación¹⁴².

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

En mira de estas primeras funciones es posible desprender que representa la esencia de los derechos y garantías que son parte de la convención internacional y demás normas internacionales que velan por que sea efectiva la posibilidad una justicia pronta y cumplida.

Entre otras de sus funciones orientadas en el mismo contexto, se encuentran:

Incoar acciones con miras a la aplicación de las sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de las niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal del infractor, cuando correspondiera; [...] proporcionar asesoramiento de cualquier índole a las niñas, niños y adolescentes y a sus familias, a través de una organización adecuada; asesorar a las niñas, niños, adolescentes y a sus familias acerca de los recursos públicos, privados y comunitarios, donde puedan recurrir para la solución de su problemática; recibir todo tipo de reclamo formulado por los niños, niñas o adolescentes o cualquier denuncia que se efectúe con relación a las niñas, niños y adolescentes, ya sea personalmente o mediante un servicio telefónico gratuito y permanente debiéndose dar curso de inmediato al requerimiento de que se trate¹⁴³.

Como se ha señalado en las funciones del defensor de las Pme en Argentina, se evidencia que es una figura con amplia importancia en la medida que coadyuva en el acceso de justicia a las Pme en Argentina.

A.3. Instituciones no gubernamentales

Asimismo, parte de la ley en estudio a partir del artículo sesenta y seis son aquellas que desarrollen programas o servicios de promoción, tratamiento, protección y defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

¹⁴³ Ibid.

Entre algunas de sus funciones principales, se encuentran:

- a) Respetar y preservar la identidad de las niñas, niños y adolescentes y ofrecerles un ambiente de respeto, dignidad y no-discriminación;
- b) respetar y preservar los vínculos familiares o de crianza de las niñas, niños y adolescentes y velar por su permanencia en el seno familiar;
- c) no separar grupos de hermanos;
- d) no limitar ningún derecho que no haya sido limitado por una decisión judicial;
- e) garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida en consideración¹⁴⁴.

La normativa argentina es cortante el cuanto al tema de la discrecionalidad judicial para la toma de decisiones en las cuales se discutan derechos de las Pme porque abre por completo la participación de los mismos en los procesos tanto judiciales como administrativos.

Esta normativa se encuentra en total y completo apego a lo establecido en la CDN como un pilar fundamental.

Se regulan de igual forma diversas figuras que cumplen un papel de suma importancia en la defensa de los derechos de las personas menores de edad en los procesos en los que se discuten sus derechos.

A.4. Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)

Recientemente Argentina promulgó un nuevo código, denominado Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), que reforma la manera en la que se estaba aplicando el tema de la participación de las Pme. El código entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

El mismo fue aprobado por el Congreso de la Nación Argentina el 1 de octubre de 2014, mediante la Ley n° 26 994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada el 8 de octubre en el Boletín Oficial N° 32.985.

¹⁴⁴ Ibid.

En el tema de participación, es una normativa que pretende ajustarse a la CDN, permitiendo con esto unificar el criterio con el que se plantea dentro de la convención.

Serán citados algunos artículos del código textualmente para ampliar el tema:

Artículo 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. 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 decisiones sobre su persona. [...]. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo¹⁴⁵.

Artículo 113.- Audiencia con la persona menor de edad. Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe:

- a) oír previamente al niño, niña o adolescente;
- b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez;
- c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior¹⁴⁶.

Artículo 425.- Nulidad relativa. Legitimados. Es de nulidad relativa a) el matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso f) del artículo 403; la nulidad puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. En este último caso, el juez debe oír al adolescente, y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez hace lugar o no al pedido de nulidad. Si se rechaza, el matrimonio tiene los mismos efectos que si se hubiera celebrado con la correspondiente dispensa. La petición de nulidad es inadmisibile después de que el cónyuge o los cónyuges hubiesen alcanzado la edad legal¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Congreso de la Nación Argentina, “Código Civil y Comercial de la Nación: 7 de octubre de 2014”, *Boletín Oficial*, Nº 32.985 (8 de octubre, 2014).

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

Artículo 617.- Reglas del procedimiento. Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas:

- a) son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;
- b) el juez debe oír personalmente al pretenso adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;
- c) debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo;
- d) el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso;
- e) las audiencias son privadas y el expediente, reservado.¹⁴⁸

Artículo 643.- Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades¹⁴⁹.

De los artículos citados, se extraen las siguientes conclusiones:

- Faculta a las personas menores de edad a ejercer por sí los actos, es decir le otorga legitimación para actuar de manera directa en los procesos judiciales.
- La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. La palabra participar en esta norma se podría considerar de manera abierta, que la participación se podría dar en cualquiera de las esferas en las que las Pme deberían participar en los procesos judiciales en los que se discutan asuntos que les afecten directamente.
- A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, con lo que se evidencia que se provee a las personas menores de edad de capacidad, pero en especial de capacidad evolutiva acerca de las decisiones que se tomen sobre su propio cuerpo.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibíd.

- Se abarca de manera tridimensional la participación en el tanto se contempla el derecho a ser escuchado, ser tomado en cuenta y además esto debe hacerse en razón de interés superior como un elemento esencial.
- Es acorde con la convención en el tanto que expresamente establece que “el juez debe oír al adolescente, y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez hace lugar o no al pedido de nulidad¹⁵⁰”.

B-Uruguay

Loreley Calvo, citada por Diana González Perret, en su artículo “La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia”, basado en unas sentencias judiciales de Montevideo, Uruguay, determina:

Que en todo proceso de familia, donde se decida sobre el interés del niño, es preceptivo oír la opinión de éste. Que la opinión del niño debe ser recibida a través de la actuación de un equipo multidisciplinario que permita al Juez y al Ministerio Público interpretarlas en forma contextualizada, es decir, ajustada a la realidad del niño, que en todo proceso donde esté involucrado el interés del niño este es parte material¹⁵¹.

En el párrafo anterior se indica que se debe escuchar al niño o niña y mediante un equipo disciplinario, facilitarle al juez interpretar sus opiniones de manera contextualizada a las necesidades de las personas menores de edad, es decir, que se materialice la participación en el tanto sean escuchados.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Diana González Perret, “La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia”, *Revista de Justicia y Derechos del Niño* (2002). Consultado de internet 04 de julio del 2016. http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura24.participacion.pdf.3-11.

Señala la autora que en no es hasta la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, que los mismos no participaban de manera directa en Uruguay y gracias a esto algunas de las sedes judiciales han variado sus prácticas, optando distintas alternativas, como:

- a- Escuchar a los niños/as o adolescentes en audiencia, sin la presencia de las otras partes (que en general son sus progenitores u otros familiares) ni de sus defensores.
- b- Hacerlo en presencia de los defensores de las otras partes.
- c- Escucharlos/las en presencia de un defensor de los mismos, designado por la sede a esos efectos (con o sin presencia de los defensores de las otras partes).
- d- Designarles un curador ad-litem que lo represente formalmente en juicio.
- e- Designarles un curador ad-litem que cumpla también las funciones de defensor.
- f- Finalmente, otros magistrados prefieren informarse respecto a la opinión de los niños a través de informes de técnicos de otras profesiones (psicólogo, asistente social, etc.)¹⁵².

Como menciona la autora, en Uruguay se han tomado medidas para darle participación a las personas menores de edad, lo cual no resulta algo antojadizo, sino es más bien en apego a la Convención y la necesidad existente de que el derecho de participación sea reconocido como tal, surtiendo efectos en la práctica judicial.

Se destaca que las medidas expuestas son diversas entre sí, lo que responde, entre otras cosas, a factores como la edad y características propias de cada persona menor de edad, considerando la capacidad progresiva de acuerdo a su desarrollo, por lo tanto, en asuntos de participación no deberá darse una única respuesta para que se lleve a cabo, sino que las posibilidades deben adecuarse al tipo de proceso, a las especificidades de cada uno y sobre todo a las necesidades en razón de la edad de cada uno.

¹⁵² Ibid.

“Permitir a los niños participar del proceso judicial, implica escucharlos; no como a adultos, ni como a incapaces, sino como a niños/as y o adolescentes, esto es, personas de corta edad, en etapa de desarrollo, con menos experiencia que los adultos, más posibilidades de aceptar cambios, otro lenguaje, otra dimensión del tiempo, una visión diferente del mundo que habitan”¹⁵³.

C-Chile

1-Nociones generales

Chile es abordado desde una investigación realizada por la Universidad Diego Portales y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia-UNICEF, denominada *Niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia*, en la cual se ha investigado acerca del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados durante aquellos procesos judiciales en los que se vean involucrados.

“Así, durante el año 2008 comenzó la ejecución del estudio, cuyo objetivo central fue conocer el tratamiento que reciben los niños en los procedimientos asociados de la nueva justicia de familia, con el fin de evaluar la aplicación y efectividad de su derecho a ser oídos y el impacto que las prácticas judiciales tienen en ellos y sus familias”¹⁵⁴.

Durante este estudio se enfatiza en que en Chile ha mostrado relevantes avances en el tema de los derechos de infancia sobre todo desde el cambio de paradigma acerca de las Pme como objetos de protección a sujetos de derecho, sobre todo desde la ratificación de la CDN.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Macarena Vargas, et al. *Informe final estudio “niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia”* (Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2010), 3- 10.

“Este instrumento internacional obliga al Estado chileno a tomar medidas destinadas a dar efectividad a los derechos allí reconocidos a través de políticas públicas y prácticas concretas que recojan este nuevo enfoque de derechos”¹⁵⁵.

Se habla de que la legislación interna debe responder de manera adecuada a lo que es sostenido por la convención tanto con medidas administrativas como cambios culturales, para evitar las prácticas contradictorias entre las mismas normas. Según la convención, el derecho de los niños a participar debe ser parte básica de un sistema que protege los derechos de la Pme, no debe de manera alguna generar alguna dificultad.

Es fundamental, de acuerdo con el estudio citado, que no se fije una edad exacta para que se pueda dar con plenitud la participación porque esto deberá ser analizado según cada caso concreto y las capacidades progresivas de cada Pme.

Se hace énfasis en la investigación acerca de un estudio de campo realizado en el Reino Unido en el cual los operadores utilizan diferentes formas mediante las que hacen contacto con los niños y niñas, pero esto en razón de la edad, debido a que con los más pequeños es un contacto a través del que se observa su relación con el medio que lo rodea, se juega con ellos; mientras que a los más grandes el contacto incluye que se hable.

Por otra parte, Mary Ann Mason, citada por Macarena Vargas et al., señala que las Pme deben ser escuchadas según la clasificación de tres etapas de desarrollo:

- I-* Adolescencia: Los jóvenes pueden manifestar sus preferencias a partir de sus 14 años; además de que la opinión de estas personas sea escuchada, los operadores deberán honrarla. De probarse que se le perjudica con su propia opinión, esta deberá ser desestimada.

¹⁵⁵ Ibid.

- 2- Preadolescentes: Este grupo está compuesto desde los seis años y hasta la adolescencia deberá contarse con especialistas para oír la voz del niño.
- 3- Primera infancia: En este momento en la vida de un niño surge la polémica de cómo debería determinarse el interés superior de los niños pequeños, para lo cual se establecen dos corrientes, una en la cual la custodia deberá siempre quedar a cargo de uno de los padres y en la otra prevalece la custodia a cargo de uno de los padres o en común o compartida.¹⁵⁶

2 - Legislación chilena

“De acuerdo a la ley chilena, por regla general, los derechos e intereses de los niños son representados por sus padres o representantes legales, no teniendo éstos el carácter de parte procesal en el juicio”¹⁵⁷.

En la Ley 19.968¹⁵⁸ de los Tribunales de Familia, está contemplado que la defensa letrada autónoma a las Pme es un curador *ad ítem* quien los representa exclusivamente en el caso en el que sus intereses contradigan con sus padres o sus representantes en este caso: “[...] el juez designará a un abogado de las corporaciones de asistencia judicial o de organismos de promoción, protección y defensa de los derechos de los niños para desempeñar este cargo”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid., 16.

¹⁵⁸ Ministerio de Justicia de Chile, “Crea los Tribunales de Familia, Ley 19968: 25 de agosto de 2004” (30 de agosto de 2004). Consultado el 07 de julio de 2016. http://www.oas.org/dil/esp/Ley_19968_Tribunales_familia_Chile.pdf

¹⁵⁹ Macarena Vargas, et al. *Informe final estudio “niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia”*, 15.

Este curador representa a la Pme en todas y cada una de las etapas, lo que comprende todas las etapas del proceso judicial. Por otro lado, la Ley 20.286 de 2008¹⁶⁰, que introduce modificaciones a la ley de Tribunales de Familia, determina que la responsabilidad de los curadores *ad-litem* trasciende al ámbito familiar, pudiendo participar ante la justicia penal, si ello es necesario.

Se pretende que al darles participación a las personas menores de edad, se dé revictimización, para ello se cuenta con la figura del Consejero Técnico que se conceptualiza como “un organismo auxiliar de la administración de justicia compuesto por profesionales en el número y con los requisitos que establece la ley, cuya función es asesorar, individual o colectivamente, a los jueces con competencia en asuntos de familia en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad”¹⁶¹, en el que la función más destacable es “asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente”¹⁶².

De manera que entonces el Consejero Técnico juega un papel muy importante en la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales, en razón de tener un papel que facilita el acceso a la justicia de las Pmes.

¹⁶⁰ Ministerio de Justicia de Chile, “Tribunales de Familia; Ley no 20.286: Promulgación 28 de agosto de 2008” (15 de setiembre de 2008). Consultado el 07 de julio de 2016 <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=277775&r=2>

¹⁶¹ Carlos Garrido Chacana, *Consejo técnico* (2013). Consultado el 09 de julio del 2016. <http://www.carlosgarridochacana.cl/>.

¹⁶² Ministerio de Justicia de Chile, “Crea los Tribunales de Familia, Ley 19968: 25 de agosto de 2004”.

Se advierte entonces que la efectividad del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta entraña complejidades que deben ser consideradas y sopesadas cuidadosamente a la hora de operacionalizar este derecho. Por una parte, la publicidad de las actuaciones judiciales (audiencia, registros y fallo) y, por otro, la potencial revictimización puede poner al niño en una situación de vulnerabilidad frente a sus padres o adultos significativos y frente al sistema judicial¹⁶³.

Con ello se evidencia que el dar participación a una Pme en un proceso judicial abarca una serie de aspectos que implican cuidado para que el ejercicio del derecho sea el adecuado; el fin no es que el niño o niña esté en una posición que de alguna manera lo deje vulnerable ante el juez, jueza o autoridad judicial que lo esté escuchado.

De la citada investigación realizada en los tribunales de Chile, se hace un análisis de casos prácticos por parte de las investigadoras para la comprobación de las hipótesis planteadas: “[...] conocer el tratamiento que reciben los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos asociados a la nueva justicia de familia, con el fin de evaluar la aplicación y efectividad de su derecho a ser oídos y a que su opinión sea debidamente en cuenta y el impacto que las prácticas judiciales tienen en ellos y sus familias”¹⁶⁴.

¹⁶³ Macarena Vargas, et al. *Informe final estudio “niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia”*, 17.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 138.

A efectos de la investigación, se citarán a modo de resumen solamente las conclusiones más significativas relacionadas con el tema, para comprender cómo ha sido trabajada la participación en Chile:

Creemos que si se considera seriamente el derecho de los niños a ser oídos, tanto la legislación como el sistema judicial, debieran ofrecer espacios de participación protagónica para ellos. Esto implica inclusive la posibilidad de que los niños -en tanto sujetos de derechos- sean considerados en determinadas circunstancias como actores procesales distintos a sus padres o representantes legales. Nos parece que por estar completamente involucrados en un caso y por tratarse de temas que los afectan directamente, los niños podrían ser considerados como parte dentro del proceso¹⁶⁵.

De esta conclusión se desprende que si bien es cierto el derecho a que los niños y niñas sean debidamente escuchados se cumple, parece que en temas de participación de manera directa de las Pme faltan espacios de protagonismo en los procesos judiciales, es decir, que sean considerados como parte del proceso directamente.

¹⁶⁵ Ibid., 138.

Dentro de los aspectos que más llaman la atención de la investigación, es que se proponen rangos de edades a modo ilustrativo en los que las Pme pueden participar en los procesos judiciales:

En primer lugar, respecto de los mayores de 14 años, hay consenso en que se debe ‘honrar’ su opinión. Por regla general se les debiera otorgar el derecho a ser partes con representación independiente, si así lo deciden. En segundo lugar, respecto de los niños entre 5 y 14 años, es preciso ampliar y combinar los mecanismos de participación según las circunstancias (edad, madurez, tipo de materia, etc.). Con estos niños parece ser acertado indagar sus deseos y preferencias a través de especialistas -y con una metodología diseñada al efecto- que establezcan el contacto con el niño enfocado en ese preciso objeto y no otro. [...]. En tercer lugar, es evidente que la participación de los niños más pequeños (menores de 5 años) entraña mayores desafíos para el sistema, pero a la luz de las experiencias comparadas y lo que señalan los expertos, la edad y la madurez de los niños no debiera ser un impedimento para recoger su opinión. El parecer de un niño no solo se puede obtener a través de la comunicación oral o el lenguaje articulado (el ‘decir con palabras’), sino que –y en la línea de invertir la mirada unidireccional de la que hablamos al comienzo de este capítulo- los actores podrían ‘oír’ o ‘hacer contacto’ con los niños a través de otros medios, como la observación o el juego [...] ¹⁶⁶.

Cabe destacar que del análisis de las edades hecho por las autoras, no excluyen ningún grupo, sino que establecen la posibilidad de participación de las personas menores de edad a cualquier edad y de distintas maneras como lo es la observación o el juego, esto involucra que el juez o jueza cuente con equipo interdisciplinario con los conocimientos necesarios para que para facilitar la participación de las Pme.

Por último, consideramos que si bien desde un punto de vista legislativo ha habido adelantos, no hay que perder de vista el cambio cultural que debe acompañar a estas modificaciones legislativas, particularmente de los operadores de los sistemas de justicia e infancia. En este sentido, vemos la necesidad de propiciar un diálogo que ponga a los distintos actores en línea, que tenga como norte avanzar hacia una mayor consolidación de la noción de los niños como sujetos de derechos. Creemos que el camino está iniciado, pero falta mucho todavía por recorrer ¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid., 139.

A modo de conclusión de la observación del derecho chileno, se desprende que se ha modificado la legislación para adecuarse a los tratados internacionales y particularmente las figuras del *Curador Ad Ítem* y el Consejero Técnico facilitan el acceso a la justicia de las personas menores de edad en los procesos judiciales, sin embargo el papel protagonista de las Pme se sigue quedando corto y las modificaciones legislativas deben propiciar cambios culturales.

D-Costa Rica

La participación de las personas menores involucra el ser escuchadas y que puedan actuar de manera directa en los procesos judiciales de familia, sin la representación como requisito necesario de alguno de sus padres, pero sí con patrocinio letrado, con la especialización que requiere la materia.

Por otra parte, la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia implica el reconocimiento de un derecho fundamental consagrado en la Convención de los Derechos del Niño:

Esto es, no solo la posibilidad de expresar su opinión en un proceso que le afecte ante el juzgador, juzgadora, o el profesional que aquellos determinen, sino también, la posibilidad de intervenir directamente, actuando como parte dentro del proceso, como actor, o demandado, tercero interesado o interviniente, siempre que tal intervención sea entendida como una facultad¹⁶⁸.

¹⁶⁸ 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” (sf): 17-27. Consultado el 08 de julio, 2016. https://www.poderjudicial.go.cr/salasegunda/images/documentos/revistas/revista9/arti_01_01.pdf

Se hará mención de la normativa nacional en derecho de familia que contempla la participación en sus distintas aristas.

Legitimación para actuar de manera directa en los procesos

La legitimación de las personas menores de edad para actuar de manera directa en los procesos, aunque no es de forma inmediata, es parte de los componentes trascendentales de la participación. Es relevante tomarlo en cuenta cuando se analiza la participación, porque la posibilidad de actuar directamente faculta a las personas menores de edad a ejercitar todos los componentes de la participación.

En la normativa nacional se encuentran contemplados los componentes de la participación y la legitimación para actuar de forma directa en procesos, los cuales serán citados, haciendo la separación de su participación como actores, demandados y testigos.

Se debe aclarar que solo se citará el fundamento legal de las personas menores de edad para alcanzar la justicia, no es la fórmula que usan todos los juzgados de familia del país, ya que esto quedará a interpretación de cada juez o jueza de familia de cada juzgado y no existe algún manual donde sean fijados los parámetros exactos, sin embargo, se pretende hacer un recorrido en lo que está establecido en el ordenamiento jurídico costarricense sobre este tema.

A- Participación como testigos

Es labor de la autoridad judicial determinar si es o no aceptada esta prueba, además si debe o no auxiliarse de psicólogos o psicólogas o trabajadores o trabajadoras sociales.

El fundamento legal de esta prueba se encuentra en el artículo número doce de la Convención de los Derechos del Niño:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 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 nacional¹⁶⁹.

Según este instrumento, es posible formarse un juicio propio y expresarlo, cabe la posibilidad de ser escuchado en cualquier momento procesal, ya sea directamente o por medio de un representante, no siendo excluyentes entre sí; tampoco dice la manera exacta en la que deba de expresarse, si debe ser solamente verbal ni se hace mención de una edad en específico, parece estar abierta a la interpretación de quienes están aplicando la normativa.

B- Participación como actores/demandados

Se citarán diferentes ejemplos dentro del ordenamiento jurídico en que se mencionan posibilidades o limitaciones para ejercer la participación.

¹⁶⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Convención sobre los Derechos del Niño” (1989), 4. Consultado el 24 de setiembre del 2014. http://www.opcion.cl/tus_derechos/Convencion_15-18.pdf.

Se materializarán los ejemplos mediante algunos de los procesos de familia de modo general y algunos en específico; otros que se relacionan directamente con el derecho de familiar, pero no son directamente un proceso por sí solos.

C-Procesos de familia en general

En el Código de Niñez y Adolescencia como objetivo se establece: “Este Código constituirá el marco jurídico mínimo para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Establece los principios fundamentales tanto de la participación social o comunitaria como de los procesos administrativo y judicial que involucren los derechos y las obligaciones de esta población”¹⁷⁰.

Es decir, como objetivo se plantea el reconocimiento principios fundamentales y entre ellos se encuentra la participación en el plano principal.

Artículo 105° CNA: Opinión de las personas menores de edad: Las personas menores de edad tendrán participación directa en los procesos y procedimientos establecidos en este Código y se escuchará su opinión al respecto. La autoridad judicial o administrativa siempre tomará en cuenta la madurez emocional para determinar cómo recibirá la opinión. Para estos efectos, la Corte Suprema de Justicia establecerá las medidas adecuadas para realizar entrevistas, con el apoyo del equipo interdisciplinario y en presencia del juez¹⁷¹.

¹⁷⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley N° 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia”.

¹⁷¹ Ibid.

Se destaca del artículo anterior que a las personas menores de edad se les faculta para actuar de manera directa en los procedimientos judiciales, sin embargo deberá tomarse en cuenta siempre la madurez de estas personas, que como se explicó líneas atrás, analizar la capacidad es algo sumamente casuístico, que deberá responder a una valoración de las capacidades progresivas de cada Pme.

“Artículo 107° CNA - Derechos en procesos. En todo proceso o procedimiento en que se discutan disposiciones materiales de este Código, las personas menores de edad tendrán derecho a lo siguiente: a) Ser escuchadas en su idioma y que su opinión y versiones sean consideradas en la resolución que se dicte”¹⁷².

De acuerdo con lo establecido en el Código de Niñez y Adolescencia, es derecho de las Pme ser escuchadas en los procesos y que esta opinión sea tomada en cuenta, o sea, a ser parte activa del proceso.

El artículo 108 del CNA cita que cuando en los procesos judiciales esté involucrado el interés de una persona menor de edad, estará legitimada para actuar como parte: “Los adolescentes mayores de quince años, personalmente, cuando así lo autorice este Código y en los demás casos, serán representados por quienes ejerzan la autoridad parental o por el Patronato Nacional de la Infancia cuando corresponda”¹⁷³.

Si se hace una lectura amplia de la primera parte de este artículo, cuando esté involucrado el interés superior de la persona menor de edad, están legitimados para actuar como partes los mayores de 15 años, como actores y demandados.

¹⁷² Ibid., 31- 32.

¹⁷³ Ibid.

1-Patria potestad: El Código de Familia costarricense establece que la madre aun siendo menor de edad podrá ejercer la patria potestad de los hijos fuera del matrimonio, así lo expresa el artículo 155:

La madre, aun cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos. El Tribunal puede, en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre¹⁷⁴.

Esta norma es clara al establecer la legitimación de las madres para ser parte en un proceso judicial, es decir ella puede demandar al padre de sus hijos o/e hijas directamente, porque no habla de que esta deba ser directamente representada.

Pero esta norma no explica qué ocurre con el demandado de este mismo proceso, es decir, si el padre es menor, ¿tiene o no personería jurídica para actuar? Ante este tipo de inconsistencias, se encontró que en la mayoría de los casos quedará a criterio del juez de familia a cargo del proceso la decisión, no obstante, la normativa internacional faculta para que las personas menores de edad actúen de manera directa, más adelante será desarrollado el tema.

¹⁷⁴ Andrea Hulbert Volio, comp. *Código de familia: concordado con índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo* (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2013), 80.

2- Pensiones alimentarias: Se analiza en el caso de las pensiones alimentarias, si pueden o no pueden ser actores o demandados, esto se encuentra en el artículo número 10 que reza lo siguiente sobre la representación de menores e inhábiles:

Tendrán personería para demandar alimentos a favor de menores de edad declarados o no en estado de abandono, y de mayores inhábiles declarados o no en estado de interdicción, sus representantes legales cuando tengan a su cargo a esas personas y, en su defecto, sus simples guardadores, quienes podrán probar tal circunstancia por los medios a su alcance, junto con la demanda. En los casos de menores de edad que estén al cuidado del Patronato Nacional de la Infancia y de mayores inhábiles, podrán demandar alimentos los representantes legales de los establecimientos o instituciones que los tengan a su cargo [...]¹⁷⁵.

Según el artículo anterior, es necesaria la representación en los procesos judiciales de pensiones alimentarias, a cualquier edad mientras se sea menor de 18 años, o sea, una persona menor de edad.

3-Violencia doméstica: En los procesos de violencia doméstica, la legitimación para interponer la denuncia no limita la participación de las personas menores de edad:

Artículo 7. Solicitantes legítimos. Estarán legitimados para solicitar las medidas de protección descritas en el capítulo anterior: A. Los mayores de doce años afectados por una situación de violencia doméstica. Cuando se trate de menores de doce años o de personas con discapacidad física o mental, la medida deberá ser solicitada por su representante legal, el Patronato Nacional de la Infancia, una autoridad de policía o un mayor de edad¹⁷⁶.

En este caso, para interponer una denuncia, sí posible que lo realice una persona menor de 18 años y hasta los 15 años de manera directa, en otras palabras, sin necesidad de ser representado.

¹⁷⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley n° 7654: Ley de Pensiones Alimentarias: 19 de diciembre 1996”, *La Gaceta*, N° 16 (23 de enero, 1997) ,1-5.

¹⁷⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley n° 7586: Ley Contra la Violencia Doméstica: 10 de abril, 1996”, *La Gaceta*, N° 16 (02 de mayo, 1996) ,15

4-Procesos de separación de la Pme de su ámbito familia.

Artículo 34°- Separación del menor.

La medida de protección tendiente a remover temporalmente del seno familiar a la persona menor de edad sólo se aplicará, cuando la conducta que la originó sea atribuible a alguien que conviva con ella y no exista otra alternativa [...] Siempre deberá informarse al niño, en forma adecuada a su etapa de desarrollo, sobre los motivos que justifican la aplicación de la medida cautelar y escuchará su opinión¹⁷⁷.

Se indica en esta norma que la persona menor de edad deberá ser informada según el estado de desarrollo en el que se encuentre, así como que deberá de escucharse su opinión.

5-Matrimonio: El Código de Familia en su artículo 21 reza: “Para la celebración del matrimonio del menor es necesario que cualquiera de sus padres en ejercicio de la patria potestad otorgue su asentimiento y no están obligados a motivar su negativa. La dispensa del asentimiento podrá ser suplida por el Tribunal, previa información sumarísima [...]”¹⁷⁸.

Se desprende del artículo anterior la imprescindible autorización de los padres de familia en ejercicio de la patria potestad para realizar este acto, sin excepción alguna.

Se puede evidenciar que unas normas están acorde con el nuevo paradigma de la convención acerca del acceso a la justicia, sin embargo la mayoría no responde a esto, sino que más bien limita por completo la posibilidad y siendo normas de un mismo ordenamiento, se contradicen unas con otras.

¹⁷⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley N° 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia”, 11-14.

¹⁷⁸ Andrea Hulbert Volio, comp. *Código de familia: concordado con índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo*, 17.

6- Demanda de alimentos.

Artículo 40°: Las personas menores de edad tendrán acceso a la autoridad judicial competente para demandar alimentos, en forma personal o por medio de una persona interesada. La solicitud que formule ante dicha autoridad bastará para iniciar el proceso que corresponda. Antes de dar curso a la demanda, el juez llamará al proceso a quien represente legalmente a la persona menor de edad que haya instado el proceso o, en su defecto, al Patronato Nacional de la Infancia, para que asuma esta representación. De existir interés contrapuesto entre la persona menor de edad gestionaste y sus representantes, el juez procederá a nombrar a un curador¹⁷⁹.

La Pme mayor de quince años cuenta con legitimidad para actuar como parte actora en este tipo de procesos porque la norma expresamente indica que bastará con la solicitud que formule para que se dé inicio el proceso.

Después de hacer un breve repaso sobre las normas en materia familiar, se puede anticipar como una conclusión que existen incongruencias entre unas normas y otras, en el proceso de familia e incluso más allá con la CDN, lo cual se sigue quedando corto en comparación al nuevo paradigma de la visión propuesto en la convención, incluso estando está por encima de los mismos códigos. Así, se manifiesta la necesidad de una participación efectiva en los procesos judiciales, pero con énfasis en los de familia, mismos que serán analizados desde la praxis por medio de la jurisprudencia y la metodología elegida, lo cual será expuesto en los siguientes capítulos.

Si además se compara con los cambios normativos de Chile, Uruguay y Argentina, se evidencia que existe un avance por parte de esos países para hacer efectivo el reconocimiento de los derechos consagrados en la CDN, sin embargo, no se encuentra la misma respuesta por parte del ordenamiento jurídico nacional.

¹⁷⁹ Ibid.

Es menester como punto final citar el proyecto de Ley del Código Procesal de Familia en Costa Rica debido a que este plantea ideas significativas en lo relacionado a la capacidad procesal de las Pme. Así, se anota el artículo 41: “Representación de personas menores de edad: 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”¹⁸⁰.

Según este artículo, se les concede a las personas menores de edad plena capacidad procesal para que hagan efectivos los procesos, donde el código los faculta sin perjuicio de que prefieran ser representados, pero les da la capacidad de actuar en ellos.

Por otra parte, el mismo artículo señala respecto a las personas menores de doce años:

Tratándose de personas menores de doce años de edad, 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, éstas 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 éste 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 acción¹⁸¹.

¹⁸⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Proyecto de Ley Código Procesal de Familia, Expediente 19.455” (noviembre, 2014), 21-24.

¹⁸¹ Ibid.

Varias ideas se desprenden de este contenido, como que las personas menores de doce años, a pesar de que necesitan representación, tienen derecho a acudir personalmente ante el tribunal, a ser oídas y a participar de forma progresiva en relación de sus capacidades; no obstante, únicamente se garantiza para el proceso de familia, dejando de lado los demás procesos judiciales.

Por otro lado, entre otras propuestas para ampliar el tema de la participación de las Pme en los procesos judiciales de familia, son las que indica el proyecto del nuevo Código Procesal de Familia, entre ellas se encuentran:

Por otra parte el artículo 63 indica: [...] los siguientes derechos y garantías: 1.- A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la persona menor de edad. 2.- A que su opinión sea valorada para tomar una decisión en el asunto. 3.- A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo, incluso cuando se trata de representación por parte del Patronato Nacional de la Infancia. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado deberá asignarle de oficio un letrado especializado que lo patrocine. 4.- A participar activamente en el procedimiento. 5.- A recurrir en los casos que proceda según este Código u otras leyes de la materia¹⁸².

Anteriormente no se ubicaba en la legislación nada de manera tan expresa y específica que facultara a las personas menores a actuar de forma directa, por lo que se considera que la proyección de la legislación actual está respondiendo en consonancia al derecho internacional.

¹⁸² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Proyecto de Ley Código Procesal de Familia, Expediente 19.455”, 21-24.

Del análisis de las distintas legislaciones, se puede concluir: “De acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, una nueva ley debería de ser el punto de partida para empezar a trabajar, pero fue tan agotador ese proceso que da la impresión de que los Estados, los técnicos y la sociedad en general se quedaron sin fuerzas, sin agenda y sin teorías”¹⁸³.

Si bien los Estados han hecho un esfuerzo normativo por crear leyes que se ajusten a la CDN, el problema ahora se resume en cómo ejecutarlas para que efectivamente cumplan el fin por el cual fueron hechas.

En Costa Rica, además del CNA, no existe ningún otra normativa que se ajuste en totalidad a lo que plantea la CDN ni tampoco este código se ajusta por completo.

Lo que más se acerca es el proyecto de ley del nuevo Código Procesal de Familia, pero el problema no está entre si entra o no a regir, es más bien si efectivamente se cumplirá lo establecido hace más de veinte años por la CDN.

Por lo tanto, se considera que la CDN debe ser tomada como una plataforma para construir el futuro, dejando de lado el pasado y, más que eso, utilizarla como aquel instrumento para el respeto y pleno desarrollo de los derechos contemplados en materia de niñez y adolescencia, específicamente en materia de familia.

¹⁸³ Mary Beloff et al., *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI*, 33.

CAPÍTULO IV: APLICACIÓN PRÁCTICA NACIONAL DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

En este capítulo se realizan diferentes estudios para comprobar la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia. Primeramente, se analiza el criterio de la jurisprudencia nacional sobre el tema; luego se hace una revisión del expediente del Tercer Circuito Judicial de Alajuela para verificar cómo se da la participación y, por último, se efectúa una serie de entrevistas a profesionales vinculados con el tema en cuestión.

Sección I: Análisis de la jurisprudencia nacional acerca de participación de los menores de edad en los procesos judiciales de familia

En este espacio se citarán y explicarán distintas resoluciones del Tribunal de Familia de San José, Costa Rica, asociadas con el tema central de la investigación y serán utilizadas para ejemplificar la línea que ha sostenido la jurisprudencia nacional.

Se parte de la jurisprudencia de este tribunal con exclusividad por la segunda instancia única en el país para este tema y porque la mayoría de procesos mencionados no tienen recurso de casación al ser de índole sumaria.

1. Voto N°1321-2000 de las ocho horas treinta minutos del ocho de noviembre

Se trata de un proceso de régimen de visitas en el que se pretende modificar el régimen concedido al padre porque la madre no lo considera apto para mantenerlo, sin embargo, la opinión de la persona menor de edad genera que se fundamente la decisión final.

a- Análisis integral de la prueba

Por otra parte, si bien es cierto en fecha reciente la menor dijo ante este Tribunal, que no le gustaría ver a su padre, según consta a folio 264, también lo es que el estudio psicológico y el de trabajo social, indican que la niña sí desea la interrelación con su progenitor. En efecto, en el informe visible a folios del 211 al 228, la trabajadora social EVM, dijo: ‘MA desea restablecer la comunicación con su progenitor’¹⁸⁴.

Si bien se escuchó a la persona menor de edad, es necesario evaluar su participación en razón del contexto en el que la realiza y lo viciada que podría estar alguna de las partes del proceso, como lo explica el Tribunal:

Por otra parte, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada mediante Ley No.7184 del 18 de julio de 1990, y el numeral 105 del Código de la Niñez y la Adolescencia, establecen la necesidad de tomar en cuenta la opinión de los menores, cuando se trate de tomar decisiones que les afecten directamente. Como ya se indicó, la niña AS expresó ante la Psicóloga y la Trabajadora Social, que sí quiere ver a su padre, y aunque en el acta de folio 264, consta que dicha menor expresó ante este Tribunal, que no le gustaría ver a su progenitor, debe tomarse en cuenta que ésta última manifestación la hizo el día 30 de agosto del presente año, es decir, después de haber transcurrido más de dos años desde que perdió contacto con él. Si tomamos en consideración que la referida menor cuenta con sólo 6 años de edad, podemos concluir válidamente que la niña puede ser influenciada con alguna facilidad por su madre, con quien ha vivido durante ese período, lo cual parece desprenderse de lo manifestado por la menor en la citada acta¹⁸⁵.

De esta interpretación se desprende que la jurisprudencia le da relevancia a lo que establece la Convención de los Derechos del Niño acerca del tema de participación. Además, la interpretación de lo que digan las Pme en los procesos debe ser en razón de varios factores como lo son la edad, que este caso en particular los seis años que tiene la Pme y lo sujeta que puede estar a la influencia que puedan ejercer sobre ella.

¹⁸⁴ Tribunal de Familia. Proceso de régimen de visitas: Voto No. 1321-2000 de las ocho horas treinta minutos del ocho de noviembre del dos mil (expediente 98-401042-187-FA).

¹⁸⁵ Ibid.

Por último, es tomado en cuenta el interés superior de la Pme para la decisión del Tribunal, en el sentido de que evalúan seriamente qué es lo mejor para la Pme.

2. *Voto N°882-2006 de las diez horas, diez minutos del veinte de junio*

Este proceso es una guarda y crianza mediante el cual se busca modificar la misma. Es la madre quien tiene la custodia por lo que había expresado la Pme, sin embargo, la otra parte realiza una apelación, la cual fundamenta en que no se puede tomar una decisión con solo la opinión de una persona menor de edad, de allí que resulta importante lo señalado por la jurisprudencia en este sentido:

Se fundamenta la sentencia en lo expresado por el menor. Considera que el dicho de un menor, no es suficiente elemento para decretar a quién corresponde la guarda, crianza y educación. En cuanto a este punto, consta que el menor tiene once años y unos meses de edad, así, de acuerdo al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país y el ordinal 105 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, que regulan, en lo medular, que las personas menores de edad tendrán participación directa en los procesos y procedimientos establecidos en este código y se escuchará su opinión al respecto. La autoridad judicial o administrativa siempre tomará en cuenta la madurez emocional para determinar cómo recibirá la opinión. La opinión de la persona menor de edad sobre la que versa este proceso, expresó su opinión en el estudio social que obra de folios 20 a 24, cuando manifestó: ‘...yo quiero estar con mi mamá...’. Por ello, no existe nulidad alguna, pues existe normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico que respalda la opinión de las personas menores de edad, aunque el fallo se fundamente en su opinión¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Tribunal de Familia. Proceso de guarda, crianza y educación: Voto No. 882-06 de las diez horas, diez minutos del veinte de junio de dos mil seis (expediente: 04-400074-0385-FA).

Se desprenden varios aspectos de la interpretación realizada por el Tribunal: reafirma el Tribunal la importancia del fundamento jurídico de la CDN en las decisiones judiciales y la jerarquía de la participación de las Pme a la hora de tomar las decisiones judiciales, las cuales pueden ser fundamentadas en esta.

3. *Voto N° 1035-2004 de las ocho horas cuarenta minutos del veinticuatro de junio*

Proceso de régimen de visitas en el que se establecen algunos días por semana para que el padre realice las visitas a sus hijos, no obstante, la madre solicita que antes de concederle el derecho al actor de visitar a sus hijos, se valore la prueba que aporta a los autos y las visitas se realicen en forma supervisada por una visitadora social en el Juzgado de Familia. Ante esto, el Tribunal considera necesario escuchar la opinión de las personas menores de edad:

Es así como en los asuntos judiciales o administrativos, de acuerdo a la edad y madurez de las personas menores de edad, en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y en el ordinal 105 del Código de la Niñez y la Adolescencia, la opinión de ellos es muy importante. En este asunto consta que ambos niños, en entrevista realizada a las once horas cuarenta minutos del cinco de febrero del año en curso, manifestaron su deseo de poder ver a su papá y ser visitados por él, pero solo a él, sin la señora con quien está. Así las cosas, y dado que estamos frente a un régimen provisional de visitas, el cual será definido una vez sean evacuadas con las pericias psico- sociales las que darán una visión completa del conflicto¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Tribunal de Familia. Proceso de régimen de visitas: Voto No. 1035-04 de las ocho horas cuarenta minutos del veinticuatro de junio del dos mil cuatro (expediente: 03 – 400150 – 295 –FA).

De la interpretación efectuada, se pueden extraer las siguientes conclusiones: la opinión de las personas menores de edad es muy importante en la toma de las decisiones judiciales, se debe considerar la opinión de las Pme en razón de su madurez y esto se debe hacer en conjunto de las demás pruebas periciales que son parte del proceso.

4. Voto No. 1746-2003 de las diez horas treinta minutos del tres de diciembre

Es un proceso abreviado de separación judicial mediante el cual, entre otros aspectos, se mantiene la guarda, crianza y educación de los menores a cargo de su madre. La patria potestad continúa en forma compartida entre ambos progenitores, pero el fallo es recurrido porque considera el accionante que la misma no fue dictada conforme a derecho, por cuanto no tomó en cuenta a las personas menores de edad. El Tribunal Familia de San José resuelve lo siguiente:

El joven J.P., es un adolescente de dieciséis años de edad, que vive con su padre por propia decisión a pesar de que no mantienen una relación muy afectiva con él, pero al carecer la madre de casa propia, y estar profundamente involucrada con una iglesia cristiana, representan motivos suficientes para no vivir con ella y mantenerse al lado de su progenitor. Lo anterior, permite replantear que para un joven con discernimiento, capaz de barajar opciones, de valorar los pro y los contras de su situación, con plena capacidad de dimensionar las actitudes de sus progenitores, lo viable es que una persona inmersa en una situación como ésta tome la decisión de quedarse con el progenitor que desee, sin requerir de un pronunciamiento judicial. En el presente caso, vista la posición de J.P., lo prudente y procedente es respetar su decisión, que en este momento es permanecer al lado de su padre. (Artículos 29, 30 y 105 del Código de la Niñez y la Adolescencia, 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño)¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Tribunal de Familia. Proceso abreviado de separación judicial: Voto No. 1746-03 de las diez horas treinta minutos del tres de diciembre del año dos mil tres (expediente: 99 – 003400 – 165-FA).

Se finiquita de la observación realizada por el Tribunal que el respeto a la decisión tomada por la persona menor de edad en razón de las capacidades progresivas, en este caso principalmente por su edad y en fundamento en la normativa nacional e internacional en el tema, es de mucho peso, lo cual evidencia que en el país se le brida prioridad a lo establecido internacionalmente.

5. Voto número 1350-2008 de las trece horas, cincuenta minutos del veintidós de junio

Este proceso es un régimen de interrelación familiar mediante el cual se establece la comunicación de personas menores de edad con su padre, pero uno de ellos expresó que no quería compartir con él. Esta sentencia es apelada y la resolución del Tribunal es la siguiente:

Analizados los motivos de disconformidad de la parte recurrente así como la prueba evacuada en autos, concluye esta integración del Tribunal que no existe razón o fundamento alguno para revocar la sentencia apelada. Para el Tribunal queda demostrado que entre las personas menores de edad involucradas en este asunto y el actor, ha existido una buena relación parental y que se vio interrumpida hace algunos meses. Tal interrupción no trae a menos dicha relación paterno filial, toda vez que se constató en autos que el actor ha sido un padre responsable no solo en lo relacionado a sus obligaciones materiales respecto a sus menores hijos sino también a nivel afectivo. El que exista tensión por la conflictiva generada entre las partes no nos permite concluir que el actor sea una figura nociva para sus menores hijos. A pesar de las situaciones que arrojó la valoración psicológica del actor, ninguna de ellas es incapacitante para ejercer el rol paterno y para mantener contacto con los hijos menores de edad, pues en nuestro medio muchísimos padres y madres tienen tales problemas. La conflictiva constatada en autos no puede catalogarse como una real violencia psicológica. En relación a la posición de los niños considera el Tribunal que queda claro que el menor O. desea ver a su padre y en cuanto al menor J. se desprende cierta negación, la cual puede responder a una influencia negativa por parte de algún pariente cercano; pero no se duda que el actor sabrá ganarse de nuevo el cariño de su hijo. Debemos detenernos aquí para señalar que el derecho procesal de las personas menores de edad a ser escuchadas en aquellos asuntos de orden administrativo o judicial en que se ven involucrados sus intereses, está contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño así como el Código de Niñez y Adolescencia, siendo ambos instrumentos jurídicos claros en señalar que tal derecho no puede ser interpretado como el deber de acatar necesariamente la voluntad externada por los niños o niñas. En este caso en particular los niños O. y J.

cuentan con tan solo diez y ocho años de edad por lo que están sujetos a patria potestad y no cuentan con una capacidad procesal plena, de ahí que somos nosotros, el Tribunal, los llamados a definir lo que se considere mejor para los intereses de los niños, y ello parece ser el contacto con el padre. Visualiza el Tribunal que así como padre e hijos mantuvieron una muy buena relación en el pasado, ello se puede restablecer si ambos padres colaboraron [...] Así entonces se concluye que la sentencia apelada debe ser confirmada en lo que fue recurrida¹⁸⁹.

En virtud de lo manifestado por el Tribunal, es necesario destacar los siguientes aspectos:

Cada análisis de participación de personas menores de edad debe hacerse de manera casuística en atención a todas las circunstancias que están inmersas como parte de estos procesos.

La edad es un aspecto clave para determinar la capacidad de cada Pme.

El interés superior es siempre un pilar fundamental para la toma de las decisiones judiciales.

No siempre es lo que expresa la Pme como opinión lo que debe acatarse, esto porque puede haber influencia de alguna de las partes que incidan en lo que decida la persona menor de edad

6. Voto 1069-2006 de las quince horas cincuenta minutos del veintiséis de setiembre

Este proceso trata de un régimen de visitas mediante el cual la madre pretende que se modifiquen porque se está violentando el debido proceso y el juez natural no consideró las pruebas traídas al proceso ni las que hasta el momento se han evacuado en beneficio de la menor.

¹⁸⁹ Tribunal de Familia. Proceso de régimen de visitas: Voto No. 1350-08 de las trece horas, cincuenta minutos del veintidós de junio de dos mil ocho (expediente: 07-001339-165).

Se dice que el actor nunca ha tenido una relación de padre con la Pme. En el proceso se le escucha a la Pme para conocer su opinión sobre el tema y se indica lo siguiente:

Consta a folio 75 del régimen de visitas, que a las dieciséis horas y once minutos del veinticuatro de julio del dos mil seis, se entrevistó a la pre-adolescente M.A.V, quien manifestó tener trece años y estar en sexto grado de la escuela. ‘Cuando yo tenía un año, mi papá se fue para Estados Unidos y volvió hace poco, yo no he estado con él casi no lo conozco, a mí me gustaría salir con él para conocerlo...no me gustaría quedarme a dormir en la casa de él sino que poco a poco yo lo vaya conociendo, que él pase por mí y me lleve por ejemplo al Parque de Diversiones y así irlo conociendo. Yo fui una vez a Estados Unidos a visitar a mi papá...’. Tratándose de régimen provisional de visitas, de una persona menor de edad pre-adolescente, quien cuenta con trece años de edad, su edad y madurez son necesariamente dignos de tomar en cuenta: en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada en nuestro país mediante Ley 7184 en el año mil novecientos noventa, se establece como un derecho fundamental del niño a expresar su opinión y a que se le tenga en cuenta en todos los asuntos que le atañen. Su interés superior (artículo 2 ibídem) está por encima de los problemas personales, de pareja y de relación de los padres. Estos derechos fundamentales se repiten en la implementación Legislativa de dicha convención en el Código de la Niñez y la Adolescencia y el Código de Familia, por ello, siendo la voluntad de M. poder relacionarse y empezar a conocer a su padre, debe dársele la oportunidad que así sea, en forma paulatina, por ello, se modifica el régimen de visitas provisional¹⁹⁰.

Se aprecia que el Tribunal de Familia de San José toma en cuenta la madurez y edad de la Pme acorde con la normativa internacional y el derecho interno.

Además, considera un derecho fundamental que el niño exprese su opinión y a que se le tenga en cuenta en todos los asuntos que le atañen y su interés superior está por encima de los problemas personales, de pareja y de relación de los padres.

¹⁹⁰ Tribunal de Familia. Proceso de régimen de visitas: Voto No. 1069-06 de las quince horas cincuenta minutos del veintiséis de setiembre del dos mil seis (expediente 05-001864-338-FA).

7. Voto N°. 1499-2004 de las ocho horas cincuenta minutos del treinta y uno de agosto

Proceso abreviado de divorcio en el cual se le entrega le otorga la custodia provisional de los menores al padre, no obstante, la madre apela indicando que no existe la menor prueba de que sea conveniente para sus hijos el que se queden a cargo del padre, ante lo cual se resuelve lo siguiente:

Si bien se ha comprobado en otros expedientes de las partes, que incluso han venido en alzada, que existe una gran disfunción de pareja y que ambas partes han tenido un porcentaje de responsabilidad y participación en el desmembramiento del núcleo familiar, en detrimento de los menores Y. E I, quienes viven con su padre a raíz de una de las violencias domésticas tramitadas entre las partes, es imperante, y así se hace el énfasis debido, el interés superior del niño, el cual es contemplado en nuestra legislación familiar desde la promulgación de nuestro Código de Familia, publicado en el Alcance No. 20 de La Gaceta No. 24 del 5 de febrero de 1974, cuando en el artículo 2 se estipulan los principios fundamentales para su aplicación e interpretación. Posteriormente entra en vigencia la Convención de los Derechos del Niño, y, más recientemente, el Código de Niñez y Adolescencia, cuyos propósitos universales versan en la protección de la integridad física y emocional de la niñez costarricense, siendo la obligación de los Juzgadores que ello sea cumplido. Es así como en los asuntos judiciales o administrativos, de acuerdo a la edad y madurez de las personas menores de edad, en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y en el ordinal 105 del Código de la Niñez y la Adolescencia, la opinión de ellos es muy importante. En este asunto consta que ambos niños, por el estado procesal del asunto, no han sido entrevistados por ninguna autoridad judicial o perito, pero ello no obsta para que en el transcurso del trámite y en el debido momento procesal, sean llamados o no, a criterio del Juzgador. En todo caso, no será hasta que se recabe toda la prueba que ofrezcan las partes y las pericias que se ordenen, que se defina en la sentencia final, la situación de los infantes, y, hasta que esto no ocurra, es prematuro cambiar la situación de las personas menores de edad involucradas en esta Litis¹⁹¹.

¹⁹¹ Tribunal de Familia. Proceso abreviado de separación judicial: Voto No. 1499-04 de las ocho horas cincuenta minutos del treinta y uno de agosto del año dos mil cuatro (Expediente No. 03-400436 – 292 – FA)

Cabe destacar de este voto el hecho de que no se cambiara la situación de las Pme hasta que las mismas no sean entrevistadas por la importancia de su opinión en el proceso mediante el cual están en discusión sus derechos, en razón de su interés superior.

8. *Sentencia N° 00540-2014 de las trece horas con cincuenta y nueve minutos*

Es un proceso de guarda, crianza y educación en el Tribunal de Familia de San José. Se destacan de las entrevistas varios aspectos de cuidado como lo son:

Con vista en que la recurrente, en su extenso escrito, ataca a la entrevistadora, es decir, a la juzgadora que realizó la entrevista, es necesario indicar que, a la persona menor de edad se le practicó entrevista, lo cual, está permitido por la normativa nacional e internacional. El menor tiene nueve años de edad, lo que se considera suficiente para que pueda emitir un criterio razonable y adecuado al conflicto familiar en el que está inmerso, además, no existe noticia de que tenga alguna disminución de sus capacidades cognitivas, volitivas o judicativas, se expresó en forma adecuada y manifestó haber entendido toda la dinámica de la entrevista, siendo su relato totalmente comprensible.

Cuando la normativa referida habla de que la persona menor de edad puede entrevistarse con un representante, conforme con la observación No. 12 citada, debe entenderse que ese representante puede ser sus padres o un abogado u otra persona como un trabajador social o psicólogo; sin embargo, en algunos procesos, incluidos los familiares, es usual que el conflicto se dé entre los progenitores de la persona menor de edad, como es el caso que nos ocupa, lo que podría ocasionar un 'riesgo o conflicto de intereses entre el niño y su representante', por eso es que, el método en que se desarrollará la entrevista lo puede elegir la persona juzgadora, de acuerdo con la situación personal del menor de edad. En este caso, se entrevistó al menor solamente con la juzgadora, lo cual, es correcto y encuentra respaldo en la normativa referida. De ahí que, no es de recibo que la entrevista está sesgada porque no se encontraba presente el equipo interdisciplinario¹⁹².

¹⁹² Tribunal de Familia. Proceso de guarda, crianza y educación: Sentencia 00540 de las trece horas con cincuenta y nueve minutos del dos mil catorce (expediente: 14-000201-0924-FA).

Es menester señalar algunos detalles de este análisis hecho por el Tribunal: La persona entrevistada tiene 9 años y esto no le resta credibilidad en su testimonio, lo cual es relevante a efectos de la investigación que se realiza porque deja en evidencia que la participación de las personas menores de edad debe hacerse acorde a su madurez y no solo en razón de su edad

Otro dato que merece atención es que la juzgadora lleva a cabo sola la entrevista; es decir, según lo que explica la sentencia, no se encuentra ninguna representación de la Pme en razón de los conflictos familiares existentes, pero llama la atención que no indica la presencia de algún otro equipo interdisciplinario para integrar este análisis probatorio, lo cual deja dudas en razón de que la persona juzgadora no posee, o al menos no lo dice expresamente la sentencia analizada, conocimientos en materia de psicología u trabajo social, con lo cual queda un vacío por parte de esta sentencia en la medida en la que no se sabe cómo se llegó a la verdad real, con la ausencia de elementos que aportan solidez.

9. Sentencia N° 00754-2008 de las cuatro horas treinta y cinco del veinte uno de octubre

Sobre la no discriminación por razones de edad, se indica lo siguiente por parte del Tribunal de Familia:

Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño (art. 5). El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atiende a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión¹⁹³.

Se ha determinado que cuando se trate de participación de personas menores de edad, es necesario tener en cuenta la evolución de sus facultades y a medida que estas maduran, sus opiniones deben tener más peso, sin embargo la edad no debe ser una razón para discriminarlas porque todos tienen los mismos derechos aunque su ejercicio dependerá de los medios previstos por el Estado.

¹⁹³ Tribunal de Familia. Proceso de régimen de visitas: Sentencia No. 00754 de las cuatro horas treinta y cinco del veinte uno de octubre del dos mil ocho (expediente 08-401092-0637).

10. Voto N°1382-2000 de las ocho horas veinte minutos del veintitrés de noviembre

Es un proceso abreviado de divorcio e impugnación de paternidad. Dentro de las pretensiones, la madre solicita la guarda, crianza y educación de los hijos, manteniendo así lo ya resuelto en sentencia de separación judicial. El Tribunal de Familia convoca a una entrevista a la persona menor de edad involucrada que transcribe y resuelve de la siguiente manera:

‘Mi mamá me trata bien, me castiga cuando me porto mal. Ella no es muy brava, me castiga con la faja y con la mano. Hace mucho no me castigan’. (Ver acta visible a folios 798 y 799). Tal declaración le merece plena credibilidad a este Tribunal, porque a pesar de la sencillez propia de un niño de su edad, fue brindada en forma espontánea, convincente, y sin la presión psicológica que le pudo haber causado, si sus padres hubieran estado presentes en la entrevista. En consecuencia, no parece existir peligro de que el citado menor esté en riesgo, de sufrir agresión física por parte de su madre. Tal entrevista también fue aprovechada para escuchar del propio menor, con cuál de sus progenitores desea vivir. La respuesta fue muy clara: ‘Yo quiero estar con mi mamá y en vacaciones, una semana estar con mi papá... Mi papá quiere que yo me vaya con él, pero a mí no me parece, porque quiero más a mi mamá... Si me obligan a vivir con mi papá en San Ramón, no me gustaría, no tendría amigos y no me gustaría separarme de R, yo lo quiero mucho’. (Ver misma acta antes citada). Es de todo conocido que en esta materia, siempre debe buscarse el interés superior del menor, por lo que si éste manifestó de viva voz que él quiere vivir con su madre, debe respetarse su deseo Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 114 incisos f del Código de la Niñez y la Adolescencia. Por ello, se confirma lo resuelto sobre este aspecto¹⁹⁴.

Es necesario comentar que el peso dado a la opinión de la persona menor en este proceso es relevante para tomarlo como pilar de la decisión judicial y que permitió apreciar directamente y concluir que la persona menor de edad no se encontraba en situación de riesgo.

¹⁹⁴ Tribunal de Familia. Proceso abreviado de divorcio: Voto No. 1382-2000 de las ocho horas veinte minutos del veintitrés de noviembre del dos (expediente No. 98-400164-338-FA).

11. Voto N° 2108-2004 de las nueve horas cincuenta minutos del dos de diciembre

Proceso de régimen de visitas mediante el cual algunas de las pretensiones del actor son que se fije a su favor un régimen provisional de visitas para con su hijo de nombre C.F, mientras se define el definitivo, a fin de poder llegar a la casa de su hijo a recogerlo y posteriormente entregarlo y se autorice a recogerlo los siguientes días: martes y jueves de las cinco a las ocho de la noche y los sábados a las nueve de la mañana y entregarlo el domingo a las cuatro de la tarde. Se agrega en ese sentido que esto le permite llevarlo a dormir a su casa de habitación, donde también estarán en compañía de sus abuelos paternos.

Las pretensiones dichas son concedidas en primera instancia, pero recurrido por la madre de la Pme, alegando que el niño no quiere estar con el padre. Ante esta situación, la evaluación del Tribunal sobre cómo deberá observarse los derechos de las personas menores de edad es la siguiente:

El interés superior del niño es contemplado en nuestra legislación familiar desde la promulgación de nuestro Código de Familia, publicado en el Alcance No. 20 de La Gaceta No. 24 del 5 de febrero de 1974, cuando en el artículo 2 se estipulan los principios fundamentales para su aplicación e interpretación. Posteriormente entra en vigencia la Convención de los Derechos del Niño, y, más recientemente, el Código de Niñez y Adolescencia, cuyos propósitos universales versan en la protección de la integridad física y emocional de la niñez costarricense, siendo la obligación de los Juzgadores que ello sea cumplido. Es así como en los asuntos judiciales o administrativos, de acuerdo a la edad y madurez de las personas menores de edad, en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y en el ordinal 105 del Código de la Niñez y la Adolescencia, la opinión de ellos es muy importante. Sin embargo, también existe en nuestro ordenamiento jurídico familiar, la vigencia del instrumento internacional denominado 'Protocolo de San Salvador', ratificado en nuestro país mediante Ley No. 7907 del 30 de setiembre de 1999, y que es un protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en cuyo artículo 16, referente al derecho de la niñez, regula que 'Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al

amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo' (subrayado y negrita no es del original). Así, estudiados los autos, conforme a la normativa vigente, considera este Tribunal, que siendo obligación de los Juzgadores velar porque los derechos anteriores sean respetados en su máxima integridad, procede confirmar en lo apelado el fallo recurrido en todos sus extremos, incluyendo la no condenatoria en costas por tratarse de un derecho del padre el pedir visitas y compartir con su hijo¹⁹⁵.

Es de atención para la investigación enfocarse en algunos aspectos de lo resuelto por este voto. El interés superior reconocido por el ordenamiento jurídico costarricense es desde larga data, lo cual permite establecer que pesa judicialmente a la hora de tomar decisiones que involucren a Pme.

Se le da importancia a la opinión de la Pme, pero se recalca y en esto se fundamenta la decisión que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a crecer al amparo y responsabilidad de sus padres, aunque en su opinión sea diferente; sin embargo, no se dice que el mismo haya sido entrevistado o valorado mediante alguna prueba psicológica para este fin

12. Voto N°. 23-1997 de las diez horas del ocho de enero

Es un proceso de suspensión de patria potestad, interpuesto por la representación legal del Patronato Nacional de la Infancia contra ambos padres de dos personas menores de edad. Se solicita que se suspenda la patria potestad a fin de que los menores sean depositados en la institución y se mantengan en esta mientras termina el proceso.

¹⁹⁵ Tribunal de Familia. Proceso abreviado de régimen de visitas: Voto N°2108-04 de las nueve horas cincuenta minutos del dos de diciembre del dos mil cuatro (Expediente: N° 03-400319-385-FA).

En primera instancia se declararon las Pme en estado de abandono y al efecto se suspende el ejercicio de la patria potestad de las dos Pme y se entregaron en depósito al Patronato Nacional de la Infancia. Se da por parte del Tribunal un análisis del fallo en aspectos de forma y fondo, sobre todo probatorios de la sentencia, pero es de atención para la investigación una observación realizada:

A manera de observación y con el fin de que se tome en cuenta para el futuro, debe actualizarse la prueba, ante todo en este tipo de casos en que impera el interés superior de los menores y en los que la decisión que se tome incide necesariamente en el desarrollo integral de aquéllos; por lo expuesto resulta a todas luces conveniente que el Juzgador tenga muy claro el panorama cercano y real en que se desenvuelven los infantes e igualmente las condiciones de salud, económicas, sociales y demás que competen a los padres, con el objeto de que el conflicto sea resuelto con fundamento en la real situación de los menores, para lo que es necesario tal y como lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 12, oírlos, por los medios legales previstos, sobre todo si estamos en presencia de niños que por sus edades, pueden aportar al Juez mayores elementos en la idónea decisión¹⁹⁶.

Es importante esta observación al dejar claro el peso del interés superior de las personas menores de edad, así como los ambientes en los que se desarrollan los infantes, para que los conflictos se resuelvan en consonancia con la situación real de los mismos y esto en conjunto con la participación en el proceso sea lo que fundamente las decisiones judiciales.

Este mismo criterio lo mantiene el Tribunal en los siguientes votos:

Tribunal de Familia de San José, Voto N°1410-2003 de las ocho horas con cincuenta minutos del quince de octubre del año dos mil tres¹⁹⁷.

Tribunal de Familia de San José, Voto N°188-2001 de las nueve horas quince minutos del veintinueve de enero del dos mil uno¹⁹⁸.

Tribunal de Familia de San José, Voto N° 818-2004 al ser las ocho horas del veintiséis de mayo del dos mil cuatro¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Tribunal de Familia. Proceso de suspensión de patria potestad: Voto No. 23-97 de las diez horas del ocho de enero de mil novecientos noventa y siete (expediente: 730-96).

¹⁹⁷ Tribunal de Familia. Proceso de régimen de visitas: Voto N° 1410-03 de las ocho horas con cincuenta minutos del quince de octubre del año dos mil tres (expediente N°: 2-98).

¹⁹⁸ Tribunal de Familia. Proceso de suspensión de patria potestad: Voto N°188-2001 de las nueve horas quince minutos del veintinueve de enero del dos mil uno (expediente N°98-400411-300-FA).

Tribunal de Familia de San José, Voto N° 185-2000 de las nueve horas diez minutos del dieciséis de febrero del dos mil²⁰⁰.

Tribunal de Familia de San José, Voto N° 850-2002 al ser las nueve horas cincuenta minutos del veintiséis de junio del dos mil dos²⁰¹.

Tribunal de Familia, Sentencia N° 00590-2014 de las diez horas con diecisiete minutos del dieciséis de julio²⁰².

Tribunal de Familia (Sentencia N° 00434-2015 de las doce horas con diez minutos del diecinueve de mayo) Expediente: 11-001705-0364-FA²⁰³.

Resumen de aspectos relevantes de los votos estudiados

Recapitulando, se hará un breve resumen de los aspectos más reiterados que son trascendentales en la participación de los votos analizados:

- La importancia que tienen los aportes de las personas menores de edad en los procesos judiciales responde directamente al contexto en el que sean analizados, para evitar que se manipulen a favor de alguna de las partes.
- La participación debe ser de manera casuística, debido a que se deben evitar los vicios en el proceso por alguna de las partes.

¹⁹⁹ Tribunal de Familia. Proceso abreviado de divorcio: Voto No. 818-04, al ser las ocho horas del veintiséis de mayo del dos mil cuatro (expediente N° 03-400072-675-FA).

²⁰⁰ Tribunal de Familia. Proceso abreviado de divorcio: Voto No.-185-00, a las nueve horas diez minutos del dieciséis de febrero del dos mil (expediente N° 97 401593 187 FA).

²⁰¹ Tribunal de Familia, proceso de modificación de régimen de visitas: Voto No. 850-02 al ser las nueve horas cincuenta minutos del veintiséis de junio del dos mil dos (expediente 99-400269-300-FA).

²⁰² Tribunal de Familia: Sentencia N° 00590 de las diez horas con diecisiete minutos del dieciséis de julio del dos mil catorce (expediente: 11-001003-0186-FA).

²⁰³ Tribunal de Familia: Sentencia N° 00434 de las doce horas con diez minutos del diecinueve de mayo del dos mil quince (expediente: 11-001705-0364-FA).

- La jurisprudencia le otorga relevancia a lo que establece la convención de los derechos del niño acerca del tema de participación.
- La edad no debe en ninguna circunstancia ser un factor para la discriminación de las personas menores de edad en el momento de participar en los procesos judiciales.
- La interpretación de lo que digan las Pme en los procesos debe ser en razón de varios factores como lo son la edad, que en este caso en particular son los seis años de la Pme y lo sujeta que puede estar a la influencia que puedan ejercer sobre ella.
- Es tomado en cuenta el interés superior de la Pme para la decisión del Tribunal, en el sentido de que se evalúa seriamente lo mejor para la Pme.

Particularmente es destacable el criterio de la Sentencia N° 00540²⁰⁴ de las trece horas con cincuenta y nueve minutos, donde la persona entrevistada tiene 9 años y esto no le resta credibilidad en su testimonio, lo cual es relevante a efectos de la investigación que se realiza porque deja en evidencia que la participación de las personas menores de edad debe hacerse acorde a su madurez y no solo en razón de su edad. Otro dato que merece atención es que la juzgadora lleva a cabo sola la entrevista; es decir, según lo que explica la sentencia, no se encuentra ninguna representación de la Pme en razón de los conflictos familiares existentes, pero llama la atención que no señala algún otro equipo interdisciplinario para integrar este análisis probatorio.

²⁰⁴ Tribunal de Familia. Proceso de guarda, crianza y educación: Sentencia 00540 de las trece horas con cincuenta y nueve minutos del dos mil catorce (expediente: 14-000201-0924-FA).

Sección II: Análisis de expedientes judiciales de familia

En esta sección se desarrolla un estudio efectuado mediante el análisis de expedientes judiciales en el Tercer Circuito Judicial de Alajuela que corresponden a Grecia y San Ramón. Se creó un instrumento²⁰⁵ mediante el cual se verifica que participación tuvieron las personas menores de edad en cada uno de esos procesos.

Los procesos judiciales elegidos fueron los de guarda, crianza y educación y los regímenes de visita al considerarse que en estos se discuten de manera directa derechos de las personas menores de edad.

Se analiza un total de 60 expedientes judiciales en cada uno de los juzgados, según las estadísticas anuales del Poder Judicial. En los juzgados analizados el total de expedientes en estas materias son en promedio de 30 por año en cada uno, por lo que sesenta representan un número importante para demostrar el ejercicio de la participación de las personas menores de edad en la práctica.

Específicamente, los expedientes revisados de regímenes de visita fueron un total de treinta y uno y procesos de guarda, crianza y educación un total de veintinueve.

²⁰⁵ Ver anexo 3.

Los datos obtenidos en su mayoría se graficaron para hacer más sencilla su comprensión:

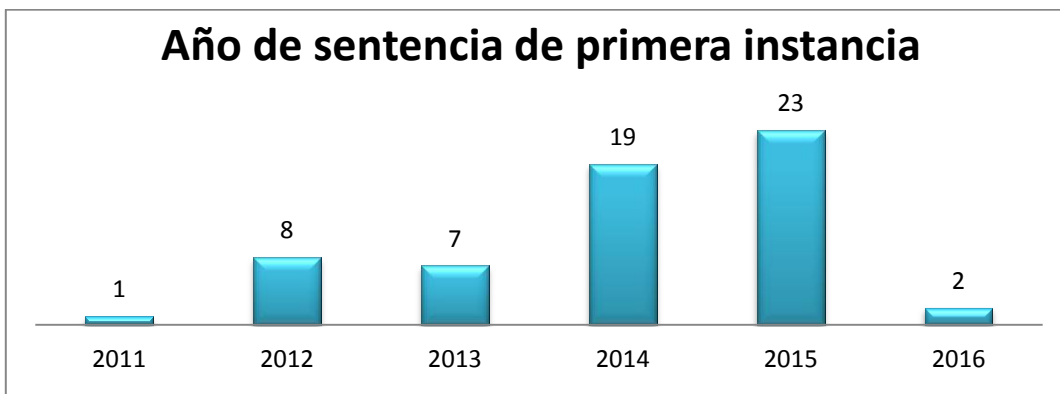
➤ Grafico No. 1 Año de inicio de los procesos



Los expedientes vistos van desde el 2011 al 2016.

Los años en los que más procesos se iniciaron fueron el 2013 y 2014, con un total de dieciocho por año.

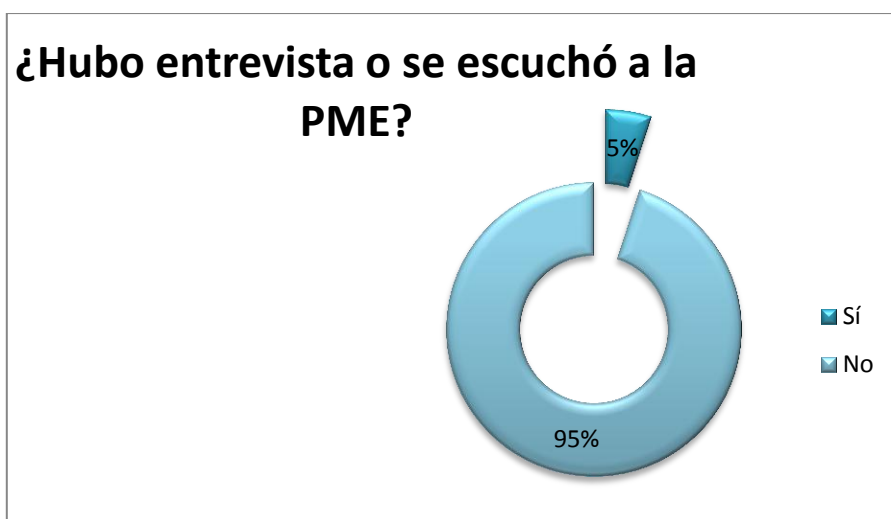
➤ Gráfico No. 2 Año de sentencia de primera instancia



El 2015 fue el año en que más procesos finalizaron mediante sentencia de primera instancia.

Es necesario aclarar que la diferencia de procesos iniciados en relación con los sentenciados se debe al acumulado de expedientes que queda para fallo de un año para el otro.

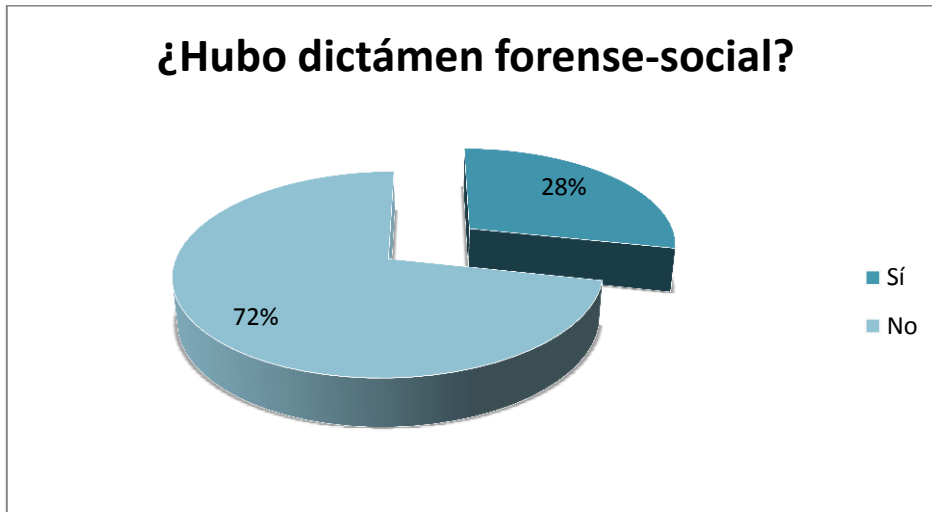
➤ Gráfico No.3 ¿Hubo entrevista o se escuchó a la persona menor de edad?



En el 95 % de los casos se comprobó que no se realizó una entrevista o fueron escuchadas las personas menores de edad.

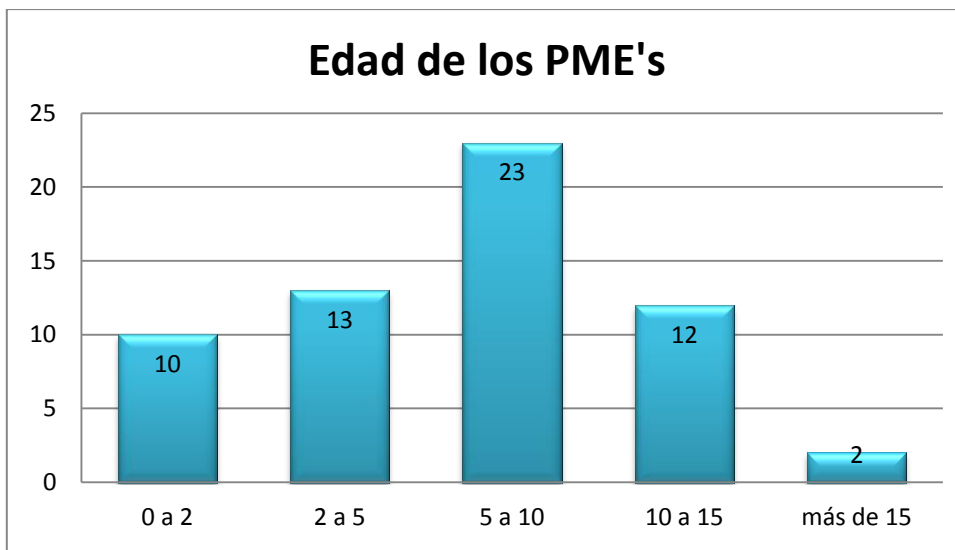
Esto representa que en un 95 % no hubo participación de las personas menores de edad en los procesos donde sus intereses estaban en juego.

➤ Gráfico No. 4 ¿Hubo dictamen forense-social?



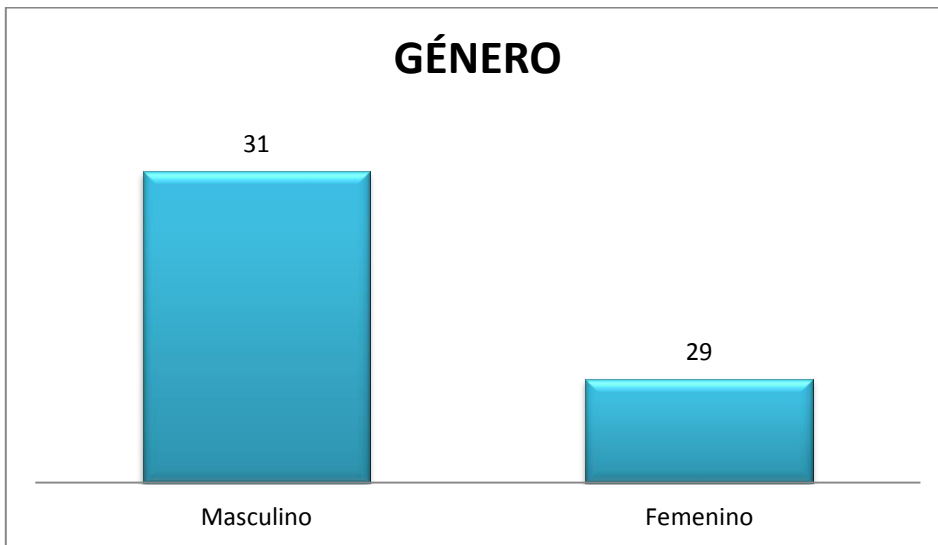
En un 28 % las autoridades judiciales del Poder Judicial solicitaron un dictamen al Departamento de Psicología y Trabajo Social; en el otro 72 %, no lo hicieron.

➤ Gráfico No.5 ¿Edades de las personas menores de edad?



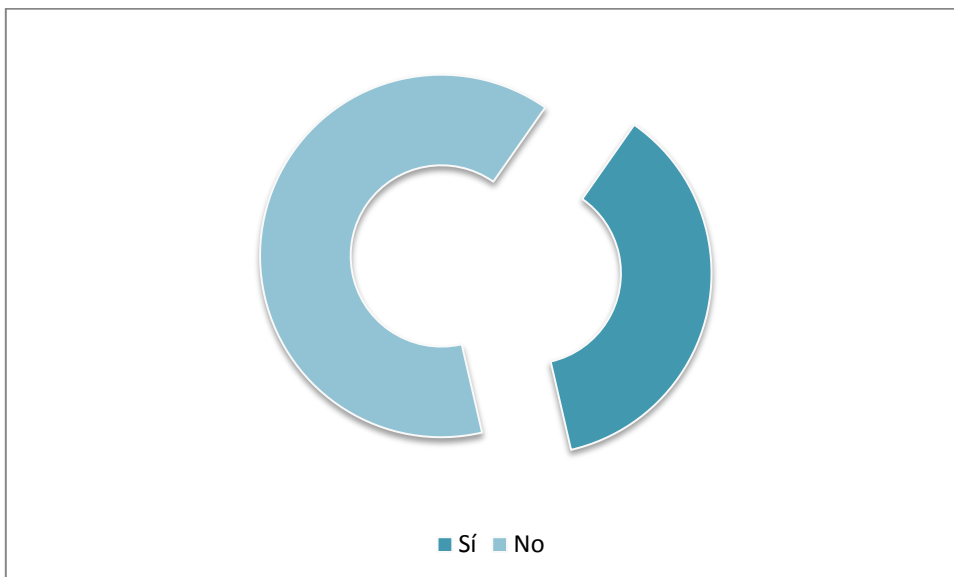
Se revisó cuáles eran las edades de las personas menores de edad de los expedientes, obteniéndose que de 10 a 15 años resultó ser la cifra más significativa.

➤ Gráfico No.6 ¿Edades de las personas menores de edad?



Los géneros de las personas menores de edad fueron bastante similares, el género masculino predomina por una cifra mínima.

➤ Gráfico No. 6 ¿Procesos que finalizaron mediante conciliación?



El número de expedientes que terminaron mediante conciliación es muy semejante a los que no finalizan de esta forma. Se encontró que 22 terminan con conciliación y 38 no lo hacen.

Otros datos que se encontraron es que en ningún proceso las personas menores de edad figuran como actores o demandados.

En ningún procesos interponen ellos de manera directa el asunto, siempre es por quienes ejercen la patria potestad.

Tampoco se habla de decoración o medidas especiales por el juez para escuchar a las personas menores de edad.

Sección III: Entrevistas

Para el desarrollo de esta sección, se entrevistó a distintos profesionales que se desempeñan en el Área de Familia del Tercer Circuito Judicial del Alajuela, con el fin de obtener criterios calificados sobre el tema.

Con las entrevistas se pretende como objetivo principal evidenciar cómo participan las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia.

Se entrevistó a jueces de familia, litigantes en familia, abogadas del Patronato Nacional de la Infancia, trabajadoras sociales del Poder Judicial del Tercer Circuito Judicial de Alajuela y un miembro del Tribunal de Familia.

Se realizó mediante una guía de preguntas²⁰⁶ similares, en las cuales se obtuvieron distintas respuestas, que serán sintetizadas por medio de temas según su importancia.

²⁰⁶ Ver anexo 4

➤ Concepto de participación de una persona menor de edad en un proceso de familia

Se indagó a los entrevistados sobre el concepto que tenían acerca de esta palabra, obteniéndose las siguientes respuestas:

La jueza del Juzgado de Familia de San Ramón señaló: “siempre que sean escuchados, porque se litiga sobre derechos que les competen de manera directa a las personas menores de edad [...]”²⁰⁷.

Por su parte, el juez del Juzgado de Familia de Grecia contestó: “[...] dependerá del rol de cada persona menor de edad en los procesos judiciales”.²⁰⁸

Aunado a lo anterior, la abogada del Patronato Nacional de la Infancia de San Ramón indicó que la participación se evidencia en ser: “Sujetos de derecho y no objetos de derecho, lo que implica escucharlo pero no resolver como él desea que se haga [...]”²⁰⁹.

Específicamente el juez integrante del Tribunal del Familia mencionó:

La participación depende del interés o posición de la persona menor de edad, hay que tener claro las diferencias: una persona menor de edad puede participar en un proceso en que no se discuten sus derechos en calidad de testigos solo porque vio o sabe algo o donde lo que se va a decidir no afecta, es diferente a que den su opinión [...] esa persona está para ahí, para contar lo que prefiere, esta diferencia de conceptos es la que más confunden los jueces²¹⁰.

²⁰⁷ Anabelly Umaña Quesada, jueza del Juzgado de Familia, entrevista, San Ramón, Alajuela, Costa Rica, abril 27, 2016.

²⁰⁸ Mario Murillo Chaves, juez del Juzgado de Familia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, entrevista, Grecia, Alajuela, Costa Rica, abril 13, 2016.

²⁰⁹ Ana Lorena Fonseca Méndez, abogada del Patronato Nacional de la infancia, entrevista, San Ramón, Alajuela, Costa Rica, mayo 13, 2016.

²¹⁰ Eddy Rodríguez Chaves, juez integrante del Tribunal del Familia, entrevista, Liberia, Costa Rica, mayo 14, 2016.

Comparten los entrevistados que la participación de una persona menor de edad en un proceso de familia implica un conjunto de aspectos relevantes, pero principalmente radica en ser escuchados en los procesos judiciales en los cuales se discuten derechos que les afectan de manera directa y uno de ellos expresó que además sea considerado en la decisión judicial.

➤ Derechos humanos abarcados por la participación en los procesos judiciales

De los criterios dados por los entrevistados, cabe destacar:

Juez del Juzgado de Familia de Grecia: “Como testigos tendrán derechos a la estabilidad emocional, que se le informe, un espacio adecuado [...] derecho a ser visibilizado, tomados en cuenta con los apoyos debidos y dependiendo de la edad [...] se requiere que cuente con apoyo pero que no sustituya su participación si no que lo auxilie”²¹¹.

Jueza del Juzgado de Familia de San Ramón: “Derecho a que participen y sean escuchados”²¹².

Concuerdan los entrevistados en que la participación sí abarca derechos humanos y de manera general se entiende que sobresale el derecho a ser visibilizados en el proceso judicial y respetados como parte de él.

➤ Efectividad de la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia

²¹¹ Mario Murillo Chaves, juez del Juzgado de Familia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, entrevista, Grecia, Alajuela, Costa Rica, abril 13, 2016.

²¹² Anabelly Umaña Quesada, jueza del Juzgado de Familia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, entrevista, San Ramón, Alajuela, Costa Rica, abril 27, 2016

Se les consultó qué tan efectiva era la participación en los procesos judiciales desde las diferentes perspectivas; en el caso de los jueces, se obtuvieron las siguientes respuestas:

Jueza del Juzgado de Familia de San Ramón: “Uno trata de que la persona menor de edad tenga la menor intervención en el proceso, si yo envié a realizar un estudio social es innecesario hacer entrevistas, entre menos participen es mejor, ellos se cansan”²¹³.

Juez del Juzgado de Familia de Grecia: “Sí se da, pero lo que ocurre es que no tiene las características que debería tener de acuerdo a la legislación vigente y los Tratados Internacionales, hay necesidad de que los Pmes figuren de manera directa y no por medio de sus padres”²¹⁴.

De parte de las abogadas del Patronato Nacional de la Infancia, concordaron:

Abogada del Patronato Nacional de la Infancia de San Ramón: “Sí, en todos tomando en cuenta la edad, desarrollo mental de la persona menor de edad de acuerdo a las condiciones especiales, en los que tramita el Patronato de manera directa por ejemplo los Depósitos Judiciales”²¹⁵.

Abogada del Patronato Nacional de la infancia de Grecia: “De lo que yo tramito sí se respeta”²¹⁶.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Mario Murillo Chaves, juez del Juzgado de Familia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, entrevista, Grecia, Alajuela, Costa Rica, abril 13, 2016.

²¹⁵ Ana Lorena Fonseca Méndez, abogada del Patronato Nacional de la Infancia, entrevista, San Ramón, Alajuela, Costa Rica, mayo 13, 2016.

²¹⁶ Carmen Durán Víquez, abogada del Patronato Nacional de la infancia, entrevista, Grecia, Alajuela, Costa Rica, abril 18, 2016.

De esta pregunta surge la duda sobre qué pasa con la participación de las personas menores de edad en los procesos en los cuales el Patronato no actúa representando de manera directa, a lo que contestaron coincidiendo en “que de los demás procesos no pueden garantizar la participación de las Pmes porque es materialmente imposible”²¹⁷.

Se concluye así de la información recopilada, que en la práctica de su derecho las personas menores de edad no participan de la manera como lo ha establecido la Convención de los Derechos del Niño y su protagonismo en el proceso queda a total discreción del juzgador o juzgadora.

- Se puede anular una sentencia de primera instancia porque una persona menor de edad no tuvo participación

Indica el juez integrante del Tribunal de Familia que fue entrevistado: “En países como Argentina una sentencia en la que no se escuchó a la persona menor de edad sería anulable, en Costa Rica no, el Tribunal de Familia trae a la persona menor de edad y lo escucha ahí, ni jurisprudencialmente, ni legalmente se dice que se puede anular, pero se debe enmendar”²¹⁸.

Aunque el criterio del juez del Tribunal de Familia permite evidenciar que se le brinda importancia a que las personas menores de edad participen en los procesos judiciales, no es un argumento de tal peso para anular una sentencia en la que esto no se respetará.

²¹⁷ Ana Lorena Fonseca Méndez, abogada del Patronato Nacional de la Infancia, entrevista, San Ramón, Alajuela, Costa Rica, mayo 13, 2016

²¹⁸ Eddy Rodríguez Chaves, juez del Tribunal del Familia, entrevista, Liberia, Costa Rica, mayo 14, 2016.

- Criterios utilizados por los jueces para darle o no participación a una persona menor de edad en un proceso judicial

Sobre este tema, los juzgadores indicaron que sus criterios radican en:

Jueza del Juzgado de Familia de San Ramón: “La edad, mientras pueda hablar”, su capacidad de discernir, el caso concreto y no es necesario si ya fue a trabajo social, casi todos van a trabajo social”²¹⁹.

Juez del Juzgado de Familia de Grecia:

Es indispensable que se resuelva que las Pmes no participen cuando se trata de un conflicto que tiene su origen en la actitud de los adultos y lo que tienen que hacer los adultos es ponerse de acuerdo [...] es importante evitar que las Pmes se encuentren en un conflicto de lealtades, el niño puede opinar cuando su intervención no sea traumática, se debe de discriminar en qué casos la participación puede ser dañina para ellos”²²⁰.

Se desprende una diferencia de criterio entre los juzgadores. Por una parte, uno de ellos menciona que es suficiente con un dictamen forense social del Departamento de Trabajo Social para que se cumpla con la participación de las personas menores de edad; mientras que otro comenta que no siempre deben participar, más bien puede ser una experiencia traumática. Por lo tanto, no existe uniformidad de criterios en razón de este tema.

²¹⁹ Anabelly Umaña Quesada, jueza del Juzgado de Familia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, entrevista, San Ramón, Alajuela, Costa Rica, abril 27, 2016

²²⁰ Mario Murillo Chaves, juez del Juzgado de Familia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, entrevista, Grecia, Alajuela, Costa Rica, abril 13, 2016.

- Violenta la conciliación el derecho de participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia

Hay uniformidad de criterios en los litigantes consultados y uno de los jueces dice que lo que podría violentar la participación no es la conciliación en sí misma, sino la homologación por parte del juez del acuerdo en el que no tome en cuenta la participación de una persona menor de edad.

Por otro lado, discrepan dos juzgadores de familia en este sentido, al expresar:

Jueza del Juzgado de Familia de San Ramón: “No, porque de previo a enviarse a conciliación, se ordena el informe del trabajador social; si se conciliara sin esto, sí se violenta”²²¹.

Juez del Juzgado de Familia de Grecia: “La conciliación es algo bueno para dirimir conflictos, por ejemplo, en los divorcios de mutuo consentimiento es mejor que se resuelva de esta manera”²²².

Sin embargo, se aprecia una uniformidad de criterio en el proceso de homologación pues los jueces comentan que debería respetarse el derecho de las personas menores de edad a ser escuchadas en los procesos en los cuales se discuten sus derechos.

Así como la similitud de criterios en que las normas internacionales no se están aplicando como debería de hacerse y que se debe llevar a cabo un esfuerzo por ajustar la legislación a los instrumentos internacionales para evitar los criterios dispares y mejorar la capacitación porque con la simple promoción de una ley no se resuelven los conflictos que hasta hoy se continúan generando.

²²¹ Anabelly Umaña Quesada, jueza del Juzgado de Familia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, entrevista, San Ramón, Alajuela, Costa Rica, abril 27, 2016.

²²² Mario Murillo Chaves, juez del Juzgado de Familia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, entrevista, Grecia, Alajuela, Costa Rica, abril 13, 2016.

- Preparación especial de los juzgadores para escuchar a las personas menores de edad o entrevistarlas en los procesos judiciales de familia

Ambos jueces coinciden en que no se visten de manera especial para realizar entrevistas o escuchar a las personas menores de edad ni el Poder Judicial cuenta con una sala adecuada para sus efectos. Creen ambos en la participación directa de las personas menores de edad como algo que fortalece y favorece el reconocimiento de sus derechos procesales.

- Solicitud de que se escuche a las Pmes o se les entreviste en los procesos por parte de los litigantes

Todos los litigantes entrevistados indicaron nunca haber solicitado a un juez en ningún proceso de familia una entrevista o que fuera escuchada una persona menor de edad. Las abogadas del Patronato señalaron que siempre lo habían solicitado en los procesos en los cuales ellas actuaban de manera directa.

Pareciera que por parte de los litigantes particulares no es un derecho que sea ejercitado con frecuencia y en el caso del PANI, solo tienen control en el tema de sus propios procesos, siendo notificados en todos.

- Dictámenes forenses sociales

Es necesario que en los procesos judiciales de familia de manera auxiliar se recurra al Departamento de Trabajo Social para que este realice dictámenes y estos sean aportados al proceso, por lo que se entrevistó a las personas encargadas de hacerlos en las zonas de Grecia y San Ramón que fueron los grupos estudiados.

Se analizó mediante las siguientes interrogantes:

- Frecuencia con la que se elaboran los dictámenes sociales forenses para el Juzgado de Familia

Trabajadora Social del Poder Judicial de San Ramón: “El juzgado de Familia es el que más demanda”²²³.

Contrario a esto expresa la trabajadora social de Grecia: “No es el fuerte del área, el fuerte es violencia doméstica, de familia son como 4 o 5 al mes”²²⁴.

Este dato nuevamente refleja una disparidad de criterios entre los juzgadores en el tema de cuándo debe o no hacerse un dictamen.

Elementos que contempla un dictamen: Ambas respondieron que son múltiples aspectos, desde los personales y de salud hasta socioeconómicos relacionados con las vivenciales, con estilos de vida y el tema que se discute²²⁵.

- Son siempre entrevistados las personas menores de edad para realizar el dictamen

Trabajadora Social del Poder Judicial de San Ramón: “Sí son entrevistados las personas menores de edad, sin embargo lo que dice no es determinante, pero sí se relaciona con los otros datos”²²⁶.

- Edad una persona menor de edad puede ser entrevistada

Trabajadora Social del Poder Judicial de San Ramón: “Se puede entrevistar desde los dos años con éxito si a partir de esta edad puede hablar”²²⁷.

Trabajadora Social del Poder Judicial de Grecia: “Desde los tres años en adelante siempre que las preguntas sean sencillas y adecuadas a su edad en corto tiempo y ambiente

²²³ Eva Alvarado Rodríguez, trabajadora social del Poder Judicial, entrevista, San Ramón, Alajuela, Costa Rica, mayo 5, 2016

²²⁴ Alejandra Villagra Alpízar, Trabajadora Social del Poder Judicial, entrevista, Grecia, Alajuela Costa Rica, Mayo 12, 2016.

²²⁵ Eva Alvarado Rodríguez, Trabajadora Social del Poder Judicial, entrevista, San Ramón, Alajuela Costa Rica, Mayo 5, 2016.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid.

acogedor con ayuda de alguna técnica para captar su atención, esto establecido en nuestros lineamientos”²²⁸.

Comparten el criterio las trabajadoras sociales en que las personas menores de edad pueden ser escuchadas desde tempranas edades, para lo cual existen diversas técnicas en las que será muy casuístico cuál se deba o no aplicar. Pero lo importante es crear el ambiente propicio lejos del formalismo que se podría tener con un adulto.

➤ Cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño

Todos los profesionales de derecho entrevistados coinciden en que el país adquiere compromisos internacionales que no prevé como cumplirlos sobre todo en temas de derechos humanos, en este caso es un problema que aunque es jurídico no es normativo: “[...] la faltante del recurso económico es una limitante que afecta a la Institución del Poder Judicial [...]”²²⁹.

Las normas internacionales no se están aplicando como debería y se debe efectuar un esfuerzo por ajustar la legislación a los instrumentos internacionales para evitar los criterios dispares, así como mejorar la capacitación porque con la simple promoción de una ley no se resuelven los conflictos que hasta hoy continúan generándose.

Todos estuvieron de acuerdo en que se debe de mejorar la capacitación de las personas de los jueces para que tengan mayor conocimiento en la materia y puedan solventar las disparidades que se dan presentan actualmente.

²²⁸ Alejandra Villagra Alpízar, trabajadora social del Poder Judicial, entrevista, Grecia, Alajuela Costa Rica, mayo 12, 2016.

²²⁹ Gumer Montero Valverde, litigante de derecho de familia, entrevista, Grecia, Costa Rica, mayo 1 2016.

Se desprende de las múltiples entrevistas realizadas que no hay uniformidad para abordar el tema de la participación por parte de los jueces, de manera que en algunos casos se considera que es mejor que no ocurra y en los otros se recarga absolutamente en el Departamento de Trabajo Social.

Por otra parte, los trabajadores del PANI solo dicen estar interesados en los procesos que tramitan de manera directa a pesar de ser notificados en todos.

Los litigantes ignoran casi por completo el tema y no les parece ser vinculante para informarse.

Abogado entrevistado: “[...] la demora judicial, la consecuencia es la rapidez en el proceso de manera que se puede atrasar de 4 a 6 meses [...]”²³⁰.

A partir de lo expuesto, se concluye que se está incumpliendo la Convención de los Derechos del Niño en el tema de participación por un asunto de ignorancia, de falta de recursos y de falta de capacitación en el tema.

²³⁰ David Arbuola Rizo, litigante de derecho de familia, entrevista, San José, Costa Rica, julio 22, 2016.

CONCLUSIONES

A partir de la investigación efectuada, se ha demostrado la hipótesis planteada al inicio de la misma, es decir, se comprobó que la participación de las personas menores de edad en los procesos de familia costarricense es insuficiente para un adecuado ejercicio de sus derechos procesales.

Efectivamente, el concepto de persona menor de edad ha sufrido una transformación a lo largo del tiempo, como una respuesta al cambio de paradigma entre una doctrina de situación irregular a una doctrina de la protección integral, en lo cual incidió de manera directa la Convención sobre los Derechos del Niño, debido a que entre los Estados firmantes se confirió un reconocimiento por parte de la comunidad internacional de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. Ese reconocimiento busca una reforma en los marcos legales de los países que la suscriben para responder a la nueva visión, creando espacios propicios para el ejercicio de esos derechos, por ejemplo, los Tribunales de Familia.

Costa Rica suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue debidamente ratificada, teniendo por ende vigencia y aplicación directa, además jerarquía de tratado internacional; o sea, se antepone a la aplicación de leyes, reglamentos, doctrina, jurisprudencia, entre otros cuerpos normativos.

Los hallazgos más importantes alcanzados durante la investigación han sido separados a efectos expositivos en lo concerniente al plano normativo y lo atinente al quehacer práctico.

Conclusiones a nivel de normativa

Se puede afirmar que en Costa Rica hay incongruencias entre lo preceptuado por la Convención sobre los Derechos del Niño y la normativa interna. Específicamente en el proceso de familia, campo de esta investigación, se encontraron distintas inconsistencias normativas para la aplicación de dicho conjunto de derechos, componentes de la participación en los procesos en cuestión, a saber: contradicción entre las normas dentro del marco legal de derecho de familia, porque algunas facultan la participación y otras las limitan y no hay regulación clara que reglamente el artículo 12 de la CDN a diferencia de otros países que sí lo han establecido de manera expresa.

El adelanto más importante en la materia, desde hace más de veinticinco años de suscripción de la CDN, es el proyecto de ley del nuevo Código Procesal de Familia, que sin embargo continúa en trámite.

Existe un vacío normativo, en el tanto la participación de las personas menores de edad es solo contemplada como derecho a opinar. Si bien esa es una parte básica de la participación, con ello se obvia la participación como sujetos de derecho a plenitud, o sea, que están legitimados para actuar de manera directa en los procesos en los cuales se discuten sus derechos. Acerca de este tópico, no se encontró normativa expresa.

Se evidencia la falta de voluntad política para asumir el compromiso de readecuar el ordenamiento jurídico a la CDN; a pesar de que una de las recomendaciones que realiza el Comité de los Derechos del Niño a todos los Estados suscriptores, es que si ratificaron la CDN, deben ser coherentes y adecuar las leyes nacionales a estos mandatos.

Conclusiones a nivel del quehacer práctico

Basándose en el análisis de expedientes judiciales del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, en las sedes judiciales de Grecia y San Ramón, como balance evaluativo, se infiere:

Se comprueba que las personas menores de edad no están participando en los procesos judiciales de familia y los jueces confunden el término “ser escuchado” con “ser entrevistado”. Por lo demás, se trata de aplicaciones disímiles entre sí. En el caso de Grecia, la entrevista es una excepción cuando existen medidas cautelares; mientras que la jueza de San Ramón designa la labor a los encargados de trabajo social y psicología, violentando la Convención sobre los Derechos del Niño.

Las personas menores de edad deben ser escuchadas en todos los procesos y quien debe hacerlo es el que decidirá sobre sus derechos, de modo que no deberían delegarse las funciones en otros. Sí debería acompañarse por el equipo interdisciplinario de trabajo social y psicología con el que cuenta el Poder Judicial; sin embargo, esto tampoco ocurre. Los juzgadores también indican que darles participación a las Pmes puede revictimizarlas, dejando en suspenso con ese argumento no comprobado, el régimen de derechos analizado.

El porcentaje de la participación se resume de la siguiente forma: en 95 % de los casos se comprobó que no se realizó una entrevista o no fueron escuchadas las personas menores de edad. Esto es, en un 95 % no hubo participación de las personas menores de edad en los procesos en los cuales sus intereses estaban en juego.

Se revisó cuáles eran las edades de las personas menores de edad en los expedientes, resultando que el rango etario más significativo es de diez a quince años. Aun cuando la edad no es un factor determinante para dar participación a las personas menores de edad, ni siquiera podría ser una explicación para disminuir su participación, pues la mayoría de Pmes involucradas en esos procesos, por su edad ya eran capaces de expresarse verbalmente.

Hay uniformidad de criterios entre los juzgadores para darles participación a las Pmes, no es exclusivo de los órganos judiciales en los que se efectuó la indagación, sino que alcanza de modo general al Poder Judicial. Su inaplicación o la modalidad en que se aplica es un asunto subjetivo por parte de quienes imparten justicia, sin apearse necesariamente a la Convención sobre los Derechos del Niño ni al derecho interno; cabe señalar que en relación con esto, tampoco se desarrollan instrumentos que propicien la corrección de dicho tratamiento de justicia.

El Patronato Nacional de la Infancia, institución rectora en materia de niñez y adolescencia, tiene delegadas las funciones principales del resguardo de los Pmes en el país, también en materia de su participación en los diversos procesos judiciales en que se ven involucradas. No obstante, aun cuando ese despacho fue notificado en todos los procesos judiciales de familia revisados, no se apersonó a ninguno ni veló porque se cumpliera la participación en los procesos. Al confrontar a sus funcionarios con ese dato, mencionaron que solamente podían garantizar este derecho en los procesos en los que el Patronato actuaba de manera directa y como protagonista, dejando de lado todos los demás en los que las partes sobre las que se están discutiendo sus derechos son personas menores de edad, lo cual contradice el régimen de derechos convencionalmente reconocido.

La conciliación es una forma usual de finalizar los procesos de régimen de visita y los de guarda, crianza y educación. De los sesenta expedientes analizados, se encontró que veintidós terminaron con conciliación y treinta y ocho no lo hicieron. En tales conciliaciones, se constató que fueron realizadas sin tomar en cuenta a las Pmes involucradas. Por su parte, los jueces respectivos homologaron los acuerdos sin escuchar a las personas menores de edad, violentando por completo el derecho a participación.

El órgano que conoce en alzada la mayoría de estos procesos es el Tribunal de Familia, porque por la naturaleza del proceso no todos tienen casación. Según la revisión de la jurisprudencia y la entrevista a un integrante de ese órgano judicial, a esa altura procesal se aplica de manera uniforme la participación, e incluso se llama a las personas menores de edad para escucharlas, lo cual es un avance. Sin embargo, no debería ser necesario ir a segunda instancia para que se ejercite un derecho que está plasmado en un tratado internacional hace más de veinticinco años, sino que debe ser aplicado siempre. Adicionalmente, llama la atención que, incluso con ese criterio, en alzada no se estima que al no haber sido escuchadas en primera instancia las personas menores de edad, sea un motivo para anular la sentencia de primera instancia.

En la jurisprudencia del Tribunal de Familia, se reitera el uso de la observación número doce de la Convención sobre Derechos del Niño, en la que se explica cómo debe ser la participación. No obstante, se comprobó que los jueces de primera instancia tampoco hacen uso de medidas especiales que faciliten su desarrollo. En ninguno de los expedientes analizados ni las entrevistas efectuadas a los jueces, se mencionó tales medidas especiales para escuchar a las personas menores de edad. Por ejemplo, no se tomaron medidas como la vestimenta adecuada de los funcionarios o la decoración de la sala en que se llevaría a cabo la actuación.

Se comprobó que los litigantes desconocen por completo el ejercicio del derecho a la participación por parte de las Pmes, esto por falta de interés y por desconocimiento de la posibilidad de ejercitar este derecho.

Todo lo anterior demuestra que en la práctica no se ha superado por completo la “doctrina de la situación irregular” y además no se hace el uso correcto de interés superior de la persona menor de edad por parte de los operadores de derecho, pese a su consignación en un tratado internacional suscrito por Costa Rica, el cual es sistemáticamente incumplido en la participación de los menores en los procesos objeto de este estudio.

En síntesis, aunque el país en alguna medida ha buscado responder a la Convención sobre los Derechos del Niño, en el derecho a la participación sigue faltando coherencia para asumir el compromiso de readecuar el ordenamiento jurídico costarricense a esta convención. Por otro lado, en el quehacer judicial todavía quedan prácticas y concepciones vinculadas a la “Doctrina de la situación irregular”, las cuales no permiten a las Pmes participar de la manera debida. Por otro lado, el Patronato Nacional de la Infancia no muestra interés o no tiene los medios para velar por los derechos de los Pmes, salvo en aquellos casos en que ese órgano actúe directamente como representante directo del menor. Por último, los profesionales privados en derecho desconocen el tema casi por completo, ahondando los diversos y variados déficits existentes para concretar un adecuado ejercicio de sus derechos procesales, transformando finalmente en hechos concretos los derechos abstractos reconocidos.

RECOMENDACIONES

Si bien Costa Rica en alguna medida ha buscado por vías un tanto dispersas corresponder a la Convención sobre los Derechos del Niño, tanto en su ordenamiento interno como en su práctica cotidiana, en materia del derecho a la participación sigue faltando coherencia para asumir el compromiso global de readecuar el ordenamiento jurídico costarricense a dicha convención, al igual que para tomar medidas específicas, particularmente en el quehacer judicial, eliminando aquellas acciones y concepciones vinculadas a la “doctrina de la situación irregular”.

Entre otras consecuencias, estas impiden que se cumpla el derecho a la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia. Es preciso, por tanto, no solo efectuar las modificaciones normativas (ya sea legales, reglamentarias o de otras índoles), sino cambiar los esquemas del Poder Judicial. En esa dirección, se deben llevar a cabo talleres, charlas, capacitaciones o espacios para los operadores de justicia sobre el tema de la participación de las personas menores de edad involucradas en los procesos judiciales de familia, lo cual no asegura por sí mismo un éxito si esas actividades no están dotadas de un componente de apropiación por parte de los participantes, pero son actividades indispensables para crear conciencia de la obligatoriedad de aquella participación, respetando el interés superior de la persona menor y sin revictimizarla.

Es previsible que ello a la larga desemboque en una mayor unificación de criterios entre todos los jueces; sin embargo, debe reconocerse que tampoco esta población está exenta de un proceso focal de concientización en cuanto a los cambios de paradigmas referentes, la adecuación normativa y su efectividad empírica.

Parte de esta tarea puede ser asumida por el Colegio de Abogados, como cumplimiento de sus labores de mejoramiento profesional, o incluso por el Programa de Educación Continua de la Facultad de Derecho, los cuales tienen por poblaciones meta a los profesionales en ese campo.

Aunado a lo anterior, es recomendable considerar la creación de un manual, protocolo o directriz a nivel interno del Poder Judicial, específicamente para materia familiar, mediante el que se fijen parámetros del cómo debe darse la participación de personas menores de edad, preferiblemente estableciendo rangos entre las edades, con espacios adecuados para escuchar a las Pmes, para cuya elaboración es necesario que se trabaje en coordinación con trabajo social y psicología.

Por otra parte, es relevante promover los intercambios interdisciplinarios entre los jueces y juezas con el Departamento de Trabajo Social y Psicología, para que lleguen a entendimientos que permitan el trabajo conjunto, superando que solamente se les delegue a los técnicos o a alguno de ellos la atención (muchas veces reducida a entrevistas) de las personas menores involucradas en esos procesos judiciales de familia.

Sería importante considerar los resultados de esta investigación ante personeros de la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia (CONAMAJ), con el fin de intercambiar impresiones, opiniones y sugerencias.

Con relación al acceso de justicia garantizado por la institución rectora en materia de familia, el Patronato Nacional de la Infancia, es preciso tomar medidas específicas a nivel interno para dar cobertura a todos los procesos judiciales de familia en los cuales participan personas menores de edad y no solamente en los que son notificados, para subsanar la indefensión de las Pme.

A nivel de la formación de futuros profesionales, la academia y en particular la Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de la Universidad de Costa Rica, debe contemplar la participación de los menores en los procesos como un tema importante dentro del contenido de los cursos impartidos, porque hasta el momento se encuentra un vacío en el tema y los estudiantes que aprueban esos cursos poseen conceptos muy básicos sobre él.

Asimismo, es deseable que tanto el Área de Investigación de la Facultad y el Instituto de Investigaciones Jurídicas promuevan indagaciones en este campo.

En cuanto a la obligación de readecuar el ordenamiento jurídico nacional a la Convención sobre Derechos del Niño, es preciso que las autoridades políticas del país sometan a aprobación el proyecto de ley del nuevo Código Procesal de Familia, para que se modifique el tratamiento legal que hasta el momento se ha dado al tema de participación. Aunado a ello, es necesaria una clarificación legal en las normas existentes sobre el tema de participación, reduciendo el vacío presente acerca de la posibilidad de que las personas menores de edad participen de forma directa en los procesos de familia.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política

Costa Rica, “Constitución Política de la República de Costa Rica: 12 de mayo de 1961”, *La Gaceta*, N° 117 (17 de mayo, 1961).

Leyes y códigos

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley No. 7130 Código Procesal Civil de Costa Rica: 3 de noviembre de 1989”, *La Gaceta*, N° 208 (3 de noviembre, 1989).

Asamblea Legislativa República de Costa Rica, “Ley n°. 7184, Convención sobre los Derechos del Niño: 18 de julio de 1990”, *La Gaceta*, N° 149 (09 de agosto de 1990).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley n° 7476: Contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia: 3 de febrero de 1995”, *La Gaceta*, (3 de marzo, 1995).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley No. 7576 de justicia penal juvenil: 08 de marzo de 1996”, *La Gaceta*, N° 12 (08 de marzo 1996): 1-5.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley n° 7586: Ley contra la Violencia Doméstica: 10 de abril de 1996”, *La Gaceta*, N° 16 (02 de mayo, 1996)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley n° 7648: Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, 09 de diciembre de 1996”, *La Gaceta*, N° 245 (20 de mayo, 1996).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley n° 7654: Ley de Pensiones Alimentarias: 19 de diciembre de 1996”, *La Gaceta*, N° 16 (23 de enero, 1997).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley n° 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia”, *La Gaceta*, N° 26 (6 de febrero, 1998).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley N° 7135 Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica: 19 de octubre del 1989, *La Gaceta*, N°198 (19 de octubre, 1989),10

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley n° 8809: Ley de Creación de la Dirección Nacional de Centros de Educación y Nutrición y de Centros Infantiles de atención integral: 01 de junio de 2010”, *La Gaceta*, N° 105 (01 de junio, 2010).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Proyecto de Ley Código Procesal de Familia, Expediente 19.455”, (noviembre, 2014).

Artavia Barrantes, Sergio, Comp., Código Procesal Civil: concordado e índice alfabético San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2016.

Navarro Romanini, Silvia y Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “Circular N° 82-15: Reiteración de la Circular No 63-11, sobre ‘Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica del 2015’”. Consultado el 12 de setiembre del 2015. <http://www.poder-judicial.go.cr/ninnos/index.php/circulares-consejo-superior/44-circular-n-82-15-reiteracion-de-la-circular-no-63-11-sobre-politica-judicial-dirigida-al-mejoramiento-del-acceso-a-la-justicia-de-las-ninas-ninos-y-adolescentes-en-costa-rica>

Salazar Arguedas, Olmán, Comp., Código Civil: con jurisprudencia y anotaciones de la Sala Constitucional/recopilación de la jurisprudencia. San José, Costa Rica: Juritexto, 2004.

Zúñiga Morales, Ulises, Comp., Código Penal: remunerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2001.

Volio Hulbert, Andrea, Comp., Código de Familia: concordado con índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2013.

Jurisprudencia

Tribunal de Familia: Voto No. 818-04, al ser las ocho horas del veintiséis de mayo del dos mil cuatro. Expediente N°03-400072-675-FA.

Tribunal de Familia: Voto No. N°1382-2000_ a las ocho horas veinte minutos del veintitrés de noviembre del dos. Expediente No. 98-400164-338-FA.

Tribunal de Familia: Voto No. 1499-04 de las ocho horas cincuenta minutos del treinta y uno de agosto del año dos mil cuatro. Expediente No. 03 – 400436 – 292 – FA.

Tribunal de Familia: Voto No. 1746-03 de las diez horas treinta minutos del tres de diciembre del año dos mil tres. Expediente: 99 – 003400 – 165- FA.

Tribunal de Familia: Voto No. 1321-2000 de las ocho horas treinta minutos del ocho de noviembre del dos mil. Expediente 98-401042-187-FA.

Tribunal de Familia: Voto No. 882-06 de las diez horas, diez minutos del veinte de junio de dos mil seis. Expediente: 04-400074-0385-FA

Tribunal de Familia: Voto No. 1350-08 de las trece horas, cincuenta minutos del veintidós de junio de dos mil ocho. Expediente: 07-001339-165-FAINTERNO: 753-08 (1)

Tribunal de Familia: Sentencia No. 00754 de las cuatro horas treinta y cinco del veinte uno de octubre del dos mil ocho. Expediente 08-401092-0637.

Tribunal de Familia: Sentencia No. 00590 de las diez horas con diecisiete minutos del dieciséis de julio del dos mil catorce. Expediente: 11-001003-0186-FA

Tribunal de Familia: Sentencia No. 00434 de las doce horas con diez minutos del diecinueve de mayo del dos mil quince.

Tribunal de Familia: Sentencia No. 00610 de las tres con tres minutos del catorce de setiembre del dos mil quince. Expediente: 11-001705-0364-FA

Tribunal de Familia: Sentencia No. 00540 de las trece horas con cincuenta y nueve minutos del dos mil catorce. Expediente: 14-000201-0924-FA

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Laboral: Resolución 2008-000233 de 14 de marzo del 2008, 09:55 horas. Expediente 06-000031-0810-LA.

Trabajos finales de investigación (tesis)

Atmetlla Manso-Sayao, César. “El interés superior del niño a la luz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile del 24 de febrero de 2012”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014.

Jara Sánchez, Flor de María. “Participación de las personas adolescentes en el proceso especial de protección, desarrollado por el Patronato Nacional de la infancia en la oficina local de Orotina”. Tesis de Programa de Estudios de Posgrado en Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia, para optar al grado y título de Maestría Profesional en Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia, Universidad de Costa Rica, 2012.

Vargas, Macarena, Paula Correa C, Paula Barros Mc, Andrea Cerda. “Informe final estudio niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia”. Universidad Diego Portales, 2010.

Libros

Beloff, Mary, Angeles Baliero de Burundarena, Gustavo A. Bossert, Zulita Fellini Gandulfo, Sandra Fodor, Adriana Granica, María Teresa Maggio, Hebe Mabel Leonardi de Herbón, Hilda Kogan, Mónica Pinto, Miriam Smayevsky, Marcela A. Penna, *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI*, Eje 1. Justicia y Derechos humanos. Buenos Aires, Argentina: ERREPAR, 2011.

Cárdenas Márquez, Álvaro. *La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia*. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada, 2007.

Flah, Lily, Fodor Sandra y Del Árbol Mabel. *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI*. Buenos Aires, Argentina: ERREPAR, 2011.

Fondo de las Naciones Unidas. *Juntos por los derechos de la niñez y adolescencia*. Costa Rica: Unicef, 2005.

Jiménez Chacón, Mauricio. *La capacidad procesal en el proceso de familia, Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008.

Jiménez Chacón, Mauricio. *La intervención de las personas menores de edad en los procesos de filiación*. San José, Costa Rica: Juricentro, 2008.

Lansdown, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Sesto Fiorentino, Italia: UNICEF, 2005.

Pacheco Gómez, Máximo. *El concepto de derechos fundamentales de la persona humana*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

Soto Castro, Rolando. *La opinión de las personas menores de edad como garantía procesal y derecho fundamental: Colecciones Derecho y Justicia: Derecho de Familia*. Heredia, Costa Rica: Poder Judicial, 2011.

Vargas Arroyo, Roxana. *Modelo de atención integral a niños y niñas y adolescentes trabajadores de y en la calle de San José, Costa Rica*. San José, Costa Rica: ILAUD, 1994.

Sitios Web

Alto Comisionado para los Derechos Humanos. “Derechos humanos”. Naciones Unidas. Consultado el 07 de enero, 2016. <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. “Derecho a la participación”. Consultado el 24 de setiembre de 2014. http://www.unicef.org/argentina/spanish/children_11137.htm.

Fondo de las Naciones Unidas en Uruguay. “¿Qué es la protección integral de la infancia?”. UNICEF. Consultado el 19 de octubre del 2015, http://www.unicef.org/uruguay/spanish/overview_8887.htm.

Patronato Nacional de la Infancia. “Programas del PANI”. PANI. Última modificación 22 de noviembre de 2010. Consultado el 19 de junio, 2016. http://www.pani.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=186&Itemid=65

Unicef. “Políticas públicas”. Consultado el 10 de mayo del 2016. http://www.unicef.org/mexico/spanish/politicaspUBLICAS_6907.htm

Documentos de sitios Web

- Amicorum, Liber y Héctor Fix-Zamudio. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998. Consultado el 6 de junio, 2016. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber1.pdf>
- Apud, Adriana. *Participación infantil*. sf. Consultado el 12 de junio, 2016. <http://www.sename.cl/wsename/otros/unicef.pdf>
- Del Mazo, Carlos Gabriel. Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes: su intervención en los términos de la Ley 26.529. Argentina: Universidad de Buenos Aires, 2012. Consultado el 12 de julio, 2016. <http://derecho.sociales.uba.ar/files/2014/03/Bibliograf%C3%ACa-complementaria-Resumen-art.-DEL-MAZO-Capacidad-progresiva-de-los-NNA.pdf>
- Díaz, Carlos López. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. 2005. Consultado el 16 de julio, 2016. www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho_de_Familia/MANUAL%20DE%20DER
- Garay Molina, Ana Cecilia. *Del modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la convención internacional de los derechos del niño*. Consultado el 19 de octubre, 2015. [//www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805a368046d47159a274a344013c2be7/del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad+C+4.+11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805a368046d47159a274a344013c2be](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805a368046d47159a274a344013c2be7/del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad+C+4.+11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805a368046d47159a274a344013c2be).
- Minyersky, Nelly. *El niño como sujeto de derecho*. sf. Consultado el 12 de julio, 2016. http://www.econ.uba.ar/planfenix/docnews/III/Derechos%20de%20la%20infancia/minyersky_N_el_nino_como_sujeto_de_derecho.pdf
- Organización de los Estados Americanos, Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes. *Participación de niñas, niños y adolescentes* (2010). Consultado el 10 de mayo del 2016. <http://www.iin.oea.org/iin2011/areas-de-incidencia-participacion-ninas-ninos-adolescentes.shtml>
- Universidad Estatal a Distancia. *Persona y personalidad jurídica: capacidad jurídica y capacidad de obrar*. San José, Costa Rica: UNED, 2012. Consultado el 14 de julio de 2015. <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-10-persona-y-personalidad-juridica-capacidad-juridica-y-capacidad-de-obrar>.
- Universidad de Costa Rica. *VI Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Costa Rica: A diez años del Código de la Niñez y la Adolescencia*. San José, Costa Rica: UNICEF, 2008. Acceso el 19 de octubre, 2015, http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_EDNA_VI_CR.pdf,4.

Umaña Solís, Sonia. *El enfoque de derechos: aspectos teóricos y conceptuales*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2003. Consultado el 15 de octubre, 2015. <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000133.pdf>.

Villar Torres, Martha. *Interés superior del menor significado y alcances*. Guanajuato, México: sn, 2008. Consultado el 14 de julio de 2015. <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/255.pdf>.

Revistas

Brewer-Carías, Allan. “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *Revista IIDH*, 46 (sf): 219. Consultado el 18 de diciembre del 2015. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22024.pdf>.

Campos Gutiérrez, Yudy Pilar. “La participación de las personas menores de edad en los procesos familiares a la luz del anteproyecto de Ley procesal familiar”. (sf): 17-27. Consultado el 08 de julio, 2016. https://www.poderjudicial.go.cr/salasegunda/images/documentos/revistas/revista9/arti_01_01.pdf

Del Moral Ferrer, Anabella. “El derecho a opinar de las niñas, niños y adolescentes en la convención de los derechos del niño”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, I (julio-diciembre 2007).

Escobar Delgado, Ricardo Azael. “Los derechos humanos: concepto, visión y recorrido histórico”. *Revista Republicana*, no. 11 (julio-diciembre 2011): 87.

Perret González, Diana. “La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia”. *Revista de Justicia y Derechos del Niño* (2002): 3-11.

Protocolos

Poder Judicial de Costa Rica. *Protocolo de atención a víctimas mayores y menores de edad de delitos sexuales y explotación sexual comercial cometidos por personas mayores de edad*. San José, Costa Rica: sn, 2008.

Sandoval, Rodrigo Jiménez. *Protocolo de atención a víctimas mayores y menores de edad de delitos sexuales y explotación sexual comercial cometidos por personas menores de edad*. San José: Poder Judicial de Costa Rica, 2008.

Diccionarios

Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”. (23° Ed.). Última actualización el 2014. Consultado el 24 de febrero, 2016. <http://dle.rae.es/?id=S09ab8h>

Legislación internacional

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”, (2008). Consultado el 10 de mayo de 2016. <https://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf>

Congreso de la Nación Argentina, “Código Civil y Comercial de la Nación: 7 de octubre de 2014”, *Boletín Oficial*, N° 32.985 (8 de octubre, 2014).

Ministerio de Justicia de Chile. “Crea los Tribunales de Familia, Ley 19968: 25 de agosto de 2004”, (30 de agosto de 2004). Consultado el 07 de febrero de 2016: http://www.oas.org/dil/esp/Ley_19968_Tribunales_familia_Chile.pdf.

Ministerio de Justicia de Chile, Tribunales de Familia, “Ley N° 20.286: 28 de agosto de 2008”, (15 de setiembre, 2008). Consultado el 07 de febrero de 2016. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=277775&r=2>

Convenciones internacionales

ACNUR, “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, (1948). Consultado el 27 de julio del 2016. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0023>.

Naciones Unidas, “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, (2006). Consultado el 27 de julio del 2016. <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html>

Naciones Unidas, “Convención sobre los derechos del niño: Observación general N 12 (2009)”, (25 de mayo 2009).

Naciones Unidas, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, (1948). Consultado el 10 de diciembre del 2015. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

Naciones Unidas, “La Carta de las Naciones Unidas”, (1945). Consultado el 10 de diciembre del 2015. <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>.

- Naciones Unidas. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, (1966). Consultado el 15 de diciembre del 2015. <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/ContactUs.aspx>
- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes”, (10 de diciembre de 1984). Consultado el 27 de julio del 2016. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>
- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, (21 de diciembre de 1965). Consultado el 27 de julio del 2016. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>
- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado “Convención Relativa a la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, (18 de diciembre de 1990). Consultado el 27 de julio del 2016. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>.
- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, (18 de diciembre, 1979). Consultado el 27 de julio del 2016. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>
- Organización Iberoamericana de la Juventud, “Convención Iberoamericana del Derecho de los Jóvenes”, (2005), 19. Consultado el 26 de agosto del 2015. [http://www.unicef.org/lac/CIDJpdf\(3\).pdf](http://www.unicef.org/lac/CIDJpdf(3).pdf).

ANEXOS

ANEXO 1.

Entrevista a Dra. Sara Oviedo Ferro

Vicepresidenta del Comité de los derechos del niño de la ONU.

Preguntas:

- 1- ¿Cree usted que después de la creación de la Convención de los Derechos del Niño - CDN, los países que la han suscrito han tomado medidas para cumplirla?

Yo creo que en general, los países si han tomado medidas, unos más y otros menos, como era de esperarse y la prueba de ello es que, a nivel global hay otra situación de los NNA, ya están en las políticas públicas no lo que se requiere, pero si con mayor presencia. Ya hay más inversión, aunque no lo suficiente. Creo y estoy convencida que la CDN si marco el inicio de un proceso a favor de NNA – niños, niñas y adolescentes, que tendrá un largo camino que recorrer y del cual todos somos responsables.

- 2- ¿Cuál ha sido la principal limitante que ha conllevado por parte de los países aplicar la CDN?

La falta de voluntad política que, a su vez, es porque ellos no logran comprender que la etapa más importante para garantizar que los seres humanos asuman otra forma de ser y de actuar, más íntegros y responsables con ellos mismos y su sociedad, es en la niñez. Lo que se deje de hacer en los primeros años de vida, más adelante no será posible revertirlo, esto parecería que no todos los Estados, las sociedades y las familias entienden a plenitud.

3- ¿Cree usted que los tribunales de familia recogen de alguna forma los derechos de los niños?

La mayoría en las leyes, reglamentos y normativa que las crea definitivamente si lo recogen, porque justamente una de las recomendaciones que realiza el Comité de los Derechos del Niño a todos los Estados, es que si ratificaron la CDN deben ser coherentes y adecuar las leyes nacionales a estos mandatos y la mayoría de países ya lo han hecho, sobre todo en la Región de América Latina. El problema es la aplicación de estos mandatos legales en la cotidianidad del ejercicio profesional de los tribunales de familia, ahí rige el criterio de los jueces y magistrados, ellos están bajo la óptica de la doctrina de la situación irregular, es decir, consideran que los NNA son una suerte de propiedad de los adultos y que ellos, los adultos, deben resolver qué es lo les conviene y como no cuentan con el criterio de los propios NNA para ello, la mayoría de veces sus decisiones definitivamente no son las mejores para los NNA. Además de que no actúan con celeridad ni con la atención que requiere ser abordada una decisión dirigida para los NNA.

4- ¿Cuáles cree usted que son los desafíos que la consideración de los derechos de los niños imponen a los jueces de familia?

Como se desprende de mi anterior respuesta, yo marcaría dos desafíos principales: la consulta a NNA sobre toda decisión que se vaya a tomar sobre ellos y si los NNA tienen la madurez y la edad para dar sus criterios. Esta es una práctica que por suerte cada vez más, se está extendiendo en el mundo, e incluso consta en las normativas vigentes, pero que los jueces no lo ponen en práctica por negligencia y falta de confianza en el criterio de los NNA.

El otro aspecto es que debería existir un mandato explícito y las sanciones correspondientes, a los jueces que no despachan en los plazos establecidos las decisiones que tienen que ver con los NNA,

siempre se dice y es una gran verdad el tiempo en los NNA es diferente que en los adultos, ellos están en crecimiento, sus necesidades cambian día a día y se pierde de hacer cada minuto.

5- ¿Cuáles han sido los principales efectos a nivel Internacional desde la suscripción de la CDN?

Los efectos a nivel internacional son pocos efectivamente pensando en la concreción de los derechos de los niños. Tal vez el más importante, es que en ciertas regiones, se ha logrado acuerdos bilaterales para parar la trata y el tráfico de personas; otro avance, sería que se ha posicionado mejor las demandas de NNA en el ámbito internacional, en el sentido de que hay más cabida en los debates de los órganos multilaterales, para los derechos de la niñez y adolescencia.

6- ¿Cuál es el principal reto que ha enfrentado la aplicación de la CDN?

Yo considero que el principal reto que ha enfrentado la aplicación de la CDN son las concepciones y comportamientos culturales, que mantienen que los NNA no son capaces de pensar, de decidir, de expresar sus propias opiniones, intereses y pensamientos. El adultocentrismo es una práctica cultural como es el machismo, y mantiene a un grupo importante de la sociedad: los NNA, sin la protección necesaria y el respeto y consideración que requieren como sujetos titulares de derechos.

7- ¿Cree usted que el derecho a ser escuchado como lo plantea la Convención se ha cumplido a veinte años desde que suscribió? NO SON VEINTE AÑOS, SON 25 DE LA PUESTA EN VIGENCIA Y 26 DE LA APROBACIÓN EN LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU.

Es un proceso que ha iniciado, sobre todo en nuestra Región, hay un sinnúmero de experiencias en las cuales se ha promovido este importante derecho que es la puerta de entrada para su realización como sujetos de derechos y para lograr la exigibilidad de los otros derechos. Pero, al igual que los otros aspectos, será un proceso largo hasta que la sociedad asuma este mandato

de la CDN, porque justamente para los adultos, les resulta inconcebible que se deba tomar en cuenta el criterio de los NNA y esos cambios culturales tomarán mucho tiempo.

8- ¿Cuál derecho considera usted que sigue siendo el más vulnerado en materia de niñez a pesar de la existencia de la CDN?

La integridad de los NNA, en todos los aspectos de sus vidas, en el ámbito emocional, físico y sexual, poniendo en grave riesgo la vida en la mayoría de los casos, por la existencia de modelos violentos de crianza. Ellos, los NNA por su edad no pueden defenderse por sí mismos y aquellos que deberían protegerlos, ponen en riesgo su vida.

9- ¿Cuáles son sus recomendaciones para mejorar la aplicación de la CDN en relación al derecho interno de los países que la han suscrito?

No entiendo qué es el derecho interno, no soy abogada, no recuerdo haber oído hablar de un derecho interno en las reflexiones del Comité.

Pregunta opcional: Hay alguna observación en particular que le gustaría hacer sobre el Costa Rica en esta materia.

ANEXO 2

GUÍA PARA EL ESTUDIO DE EXPEDIENTES JUDICIALES

Nombre del Juzgado: _____

Número de expediente: _____

Tipo de proceso: _____

Fecha de inicio del proceso: _____

Fecha de sentencia de primera instancia: _____

Fecha de firmeza del fallo: _____

1. ¿Hubo entrevista a personas menores de edad?

A) Sí

B) No

2. ¿Hubo dictamen forense-social por parte del departamento de trabajo social?

A) Sí

B) No

3. Genero de las personas menores de edad:

A) Hombre

B) Mujer

4. Edad de las personas menores de edad: ____ años cumplidos

5. ¿Cuál es papel de la persona menor de edad en el proceso?

- A) Actor
- B) Demandado
- C) Testigo
- D) Otro: _____

6. Lugar en el que se realiza la entrevista

- A) Oficina del juez
- B) Otro: _____

7. ¿Se decora de manera especial la sala?*

- A) Sí
- B) No

8. ¿Cómo es la vestimenta del juez?*

- A) Formal
- B) Informal
- C) Casual

9. ¿Se informó a la persona menor de edad del alcance del proceso antes de iniciar la entrevista?

- A) Sí
- B) No

10. ¿Qué tipo de preguntas realiza el juez?

- A) Solamente realiza preguntas directas sobre el fondo del asunto/ directas
- B) Solamente realiza preguntas indirectas que no son exactamente el tema en discusión/indirectas
- C) Realiza preguntas tanto directas como indirectas.

11. ¿El juez se hizo acompañar por un equipo interdisciplinario?

A) No

B) Sí

¿Qué profesionales lo integraban?

i. Psicólogo

ii. Trabajador social

iii. Otro: _____

12. En caso de tener sentencia judicial de fondo, ¿se considera la opinión de la persona menor de edad?

A) Sí

B) No

13. ¿Se finaliza el proceso mediante conciliación?

A) Sí

B) No

14. ¿De haber conciliación, se menciona en el acta de conciliación que se escuchó a la persona menor de edad?

A) Sí

B) No

15. En caso de tener sentencia judicial de fondo, ¿se menciona en la sentencia la Convención de los derechos del niño?

A) Sí

B) No

16. ¿En caso de mencionarse la Convención de los derechos del niño, es fundamentado en el artículo número 12?

A) Sí

B) No

17. En caso de tener sentencia judicial de fondo, ¿se menciona en la sentencia la Observación general N 12 (2009)?

- A) Sí, de manera parcial.
- B) Si, se fundamenta la decisión judicial en esta observación.
- C) No

Anexo 3

Guía de entrevistas

A. Entrevista a abogadas del PANI

- 1- ¿Cómo podría conceptualizar en sus palabras el término “participación de una persona menor de edad” en un proceso judicial de familia?
- 2- ¿Considera que la participación de las personas menores de edad se da en los procesos de familia?
- 3- ¿Qué derechos considera usted que abarca la participación de las Pme en los procesos de familia?
- 4- ¿Cuál es su opinión acerca de la participación directa de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia que propone el proyecto de ley del nuevo código procesal de familia (Expediente 19.455)?
- 5- ¿Se dan dificultades para que las persona menor de edad participen en los procesos de familia? Si se dan: ¿Cuáles son los problemas más usuales que se dan para que las personas menores de edad participen?
- 6- ¿Solicita usted al juez las entrevistas o que sean escuchadas las persona menores de edad en los procesos judiciales de hacerlo en qué casos lo hace? ¿De las veces que lo ha solicitado en qué casos se le ha concedido la entrevista?
- 7- ¿De realizarse la entrevista quien la hace?
- 8- ¿Cuáles son las medidas tomadas por usted para realizar la entrevista?
- 9- ¿Cuáles son las consecuencias para usted como litigante de que una persona menor de edad no participe en un proceso en el que se discuten sus derechos?

- 10- La promoción de la solución alterna de conflictos (RAC) como la conciliación por ejemplo, podrían su criterio estar violentando el derecho a participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia ¿Cuál su opinión?
- 11- ¿Considera usted que se debe hacer algo para mejorar la participación infantil en los procesos de familia?

B- Entrevista a Jueces de Familia

- 1- ¿Cuál es su concepto de la palabra participación de una persona menor de edad en un proceso de familia?
- 2- ¿Considera que la participación se da en los procesos judiciales de familia?
- 3- ¿Cuáles derechos humanos estima usted que comprende la posibilidad de participación de una persona menor de edad en un juicio?
- 4- ¿Cuál es su opinión acerca de la participación directa de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia que propone el proyecto de ley del nuevo código procesal de familia (Expediente 19.455)?
- 5- ¿Cuáles son los criterios que utiliza para darle participación a una persona menor de edad dentro de un proceso y en qué casos considera que no es necesario?
- 6- ¿Cree usted que el ordenamiento interno Nacional efectivamente responde a los tratados internacionales que han sido suscritos sobre temas de participación en materia infantil?
- 7- La promoción de la solución alterna de conflictos (RAC) como la conciliación por ejemplo, podrían su criterio estar violentando el derecho a participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia ¿Cuál su opinión?
- 8- ¿Cuál sería a su criterio el ambiente propicio para una entrevista a una persona menor de edad?
- 9- En los procesos en los cuales se realizan entrevistas, ¿Cómo se desarrolla la entrevista como una conversación o interrogatorio o la suma de ambas?

10- ¿Qué opinión le merece el artículo 43 del nuevo Código Procesal Civil cuando no habla entrevistar sino de interrogar a las personas menores de edad e inclusive en casos en los que son menores de doce años?

11- ¿Que considera usted que se puede hacer para mejorar la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia?

C- Entrevista al departamento de trabajo social y psicología

- a) ¿Podría definir en sus palabras que es un dictamen social forense?
- b) ¿Con cuanta frecuencia realiza dictámenes sociales forenses para el Juzgado de Familia?
- c) ¿En qué tipo de procesos se realizan estos dictámenes?
- d) ¿Qué elementos contiene un dictamen de TS?
- e) Para la elaboración del dictamen, ¿se entrevista a la persona menor de edad o sólo a los demás integrantes del núcleo familiar?
- f) En su criterio, ¿a partir de qué edad una persona menor de edad puede ser entrevistada?
- g) ¿Cómo es el ambiente en el que realiza las entrevistas?
- h) ¿Qué técnicas utiliza en las entrevistas?
- i) ¿Para todas las Pmes son aplicables las mismas técnicas o cambian dependiendo de la edad?
- j) ¿Considera usted que además del dictamen se debería realizar alguna otra diligencia por parte del Juzgado de Familia?

D- Entrevista a juez del Tribunal de Familia

- 1- ¿Cuál es su concepto de la palabra participación con de persona menor de edad en un proceso de familia?
- 2- ¿Cuáles derechos humanos estima usted que comprende la posibilidad de participación de una persona menor de edad en un juicio?
- 3- ¿Cuándo ha integrado el Tribunal de Familia se han realizado entrevistas a las Pme?

- 4- ¿Cuál es la importancia brindada por el Tribunal de Familia a las entrevistas?
- 5- ¿Tiene alguna implicación que en la sentencia de primera instancia no se mencione que se han realizado entrevistas a Pme?
- 6- ¿Esas implicaciones varían según el tipo de proceso?
- 7- ¿Considera usted que se violenta o no algún derecho plasmado en la Convención de los derechos del niño al no entrevistar a las Pme?
- 8- ¿Cuáles son los criterios que utiliza para darle participación a una persona menor de edad dentro de un proceso y en qué casos considera que no es necesario?
- 9- ¿Cree usted que el ordenamiento interno Nacional efectivamente responde a los tratados internacionales que han sido suscritos de participación en infantil?
- 10- La promoción de la solución alterna de conflictos (RAC) como la conciliación por ejemplo, podrían su criterio estar violentando el derecho a participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia ¿Cuál su opinión?
- 11- ¿Cuál sería el ambiente propicio para una entrevista a una persona menor de edad?
- 12- En los procesos en los que se realizan entrevistas, ¿Cómo se desarrolla la entrevista como una conversación o interrogatorio o la suma de ambas?
- 13- ¿Qué opinión le merece el artículo 43 del nuevo Código Procesal Civil cuando no habla entrevistar sino de interrogar a las personas menores de edad e inclusive en casos en los que son menores de doce años?
- 14- ¿Que considera usted que se puede hacer para mejorar la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia?

E- Entrevista a profesionales privados de derecho

- 1- ¿Cómo podría conceptualizar en sus palabras el término “participación de una persona menor de edad” en un proceso judicial de familia?

- 2- ¿Considera que la participación de las personas menores de edad se da en los procesos de familia?
- 3- ¿Qué derechos considera usted que abarca la participación de las Pme en los procesos de familia?
- 4- ¿Cuál es su opinión acerca de la participación directa de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia que propone el proyecto de ley del nuevo código procesal de familia (Expediente 19.455)?
- 5- ¿Se dan dificultades para que las persona menor de edad participen en los procesos de familia? Si se dan: ¿Cuáles son los problemas más usuales que se dan para que las personas menores de edad participen?
- 6- ¿Solicita usted al juez las entrevistas en los procesos judiciales de hacerlo en qué casos lo hace? ¿De las veces que lo ha solicitado en qué casos se le ha concedido la entrevista?
- 7- ¿De realizarse la entrevista quien la hace?
- 8- ¿Cuáles son las medidas tomadas por usted para realizar la entrevista?
- 9- ¿Cuáles son las consecuencias para usted como litigante de que una persona menor de edad no participe en un proceso en el que se discuten sus derechos?
- 10- La promoción de la solución alterna de conflictos (RAC) como la conciliación por ejemplo, podrían su criterio estar violentando el derecho a participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales de familia ¿Cuál su opinión?
- 11- ¿Considera usted que se debe hacer algo para mejorar la participación infantil en los procesos de familia?