

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

EL RÉGIMEN DE INTERRELACIÓN FAMILIAR COSTARRICENSE EN SITUACIONES INTERNACIONALES: UN ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS PAÍSES NO FIRMANTES DE LA CONVENCIÓN DE URUGUAY O CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y EL CONVENIO 28 DE LA HAYA O CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

SAMMY PÉREZ MATAMOROS

B04795

2019



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

FD Facultad de
Derecho

18 de noviembre de 2019
FD-3770-2019

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante Sammy Mauricio Pérez Matamoros, carné B04795, denominado: "El régimen de interrelación familiar costarricense en situaciones internacionales: un análisis sobre la aplicación del derecho internacional privado en los países no firmantes de la convención de Uruguay o convención interamericana sobre restitución internacional de menores y el convenio 28 de La Haya o convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

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

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Jorge Olaso Álvarez
Presidente	Dr. Carlos Estrada Navas
Secretario	MSc. José Miguel Zamora Acevedo
Miembro	Dra. Jessica Girón Beckles
Miembro	MSc. Roxana Figueroa Flores

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **29 de noviembre del 2019, a las 7:00 p.m.** en cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv
Cc: arch. Expediente

Nuestra *salud mental* importa

Recepción
Tel.: 2511-4032
recepcion.fd@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos
Tel.: 2511-1521
accionsocial.fd@ucr.ac.cr

Casa de Justicia
Tel.: 2511-1558
administrativacasajusticia.fd@ucr.ac.cr

www.derecho.ucr.ac.cr

San José, 7 de Noviembre de 2019

Señores (as)
Área de Investigación
Facultad de derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados (as) señores (as):

Quién suscribe, MSc Jorge Olaso Álvarez, abogado, cédula de identidad número uno – cero setecientos veintiocho – cero ochocientos setenta y uno, en mi condición de profesor Director de la tesis de investigación titulada: El Régimen de Interrelación Familiar Costarricense en Situaciones Internacionales: Un análisis sobre la aplicación del Derecho Internacional Privado en los países no firmantes de la Convención de Uruguay o Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de menores y el Convenio 28 de la Haya o Convenio Sobre Los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores, del estudiante Sammy Pérez Matamoros carné B047955, hago constar que apruebo dicho texto investigativo, con el fin de que el mismo sea defendido por el postulante.

De seguido doy las razones por las que considero que la investigación del estudiante cumple con los lineamientos establecidos para ser defendida:

En primer lugar, el desarrollo de la temática se efectúa a través de diversos capítulos. En el primero se desarrolla de forma muy eficiente el Derecho de Familia como un sistema orgánico, desde el ámbito de la interrelación familiar y el derecho de guarda. De seguido, se analiza ese derecho como un “fenómeno” globalizado para introducir el tema de la normas convencionales, específicamente los Convenios de Uruguay y de La Haya número 28 en el marco de la legislación costarricense, para luego finalizar con un brillante análisis de la jurisprudencia nacional e internacional en la materia. De esta forma, el estudiante cumple con todos requisitos formales que establece el Área de investigación de la Universidad de Costa Rica, donde logra establecer un problema académico pertinente y actual en el área del derecho, así como, desarrolla una metodología, unos objetivos y una justificación mediante la cual da respuesta a dicha problemática.

En segundo lugar, el estudiante logra exponer las categorías necesarias para definir el problema de investigación y propone formulas jurídicas que den mayor claridad a las Convenciones Internacionales que estudia durante la investigación, como también, logra dar sistematicidad al tema que aborda.

Por último, hace críticas idóneas al abordaje del fenómeno familiar en el ordenamiento jurídico costarricense, proponiendo una lectura sistemática de las categorías en el derecho de familia y en el derecho internacional privado, mediante las cuales, pretende dar una mayor armonía al tratamiento del régimen de interrelación familiar internacional en el ordenamiento jurídico nacional.

Es por lo anterior que considero que la investigación se encuentra lista para su defensa.

Cordialmente



MSc Jorge Olaso Álvarez

Director

San José, 7 de Noviembre de 2019

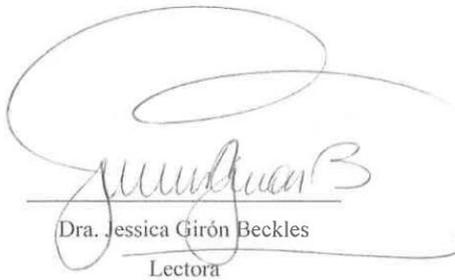
Señores (as)
Área de Investigación
Facultad de derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados (as) señores (as):

En mi condición de lectora de la tesis de investigación titulada: El Régimen de Interrelación Familiar Costarricense en Situaciones Internacionales: Un análisis sobre la aplicación del Derecho Internacional Privado en los países no firmantes de la Convención de Uruguay o Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de menores y el Convenio 28 de la Haya o Convenio Sobre Los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del estudiante Sammy Pérez Matamoros carné B047955, hago constar que he leído dicho texto investigativo y que apruebo el mismo, con el fin de que sea defendido por el postulante; ello al considerar que cumple con todos los requisitos de fondo y forma que son exigidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Por lo tanto, otorgo mi aprobación para que esta tesis sea defendida en su fase de replica ante el Tribunal Examinador correspondiente.

Cordialmente



Dra. Jessica Girón Beckles
Lectora

San José, 7 de Noviembre de 2019

Señores (as)
Área de Investigación
Facultad de derecho
Universidad de Costa Rica

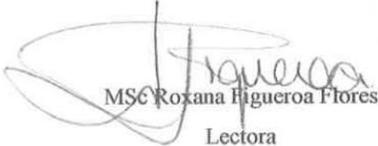
Estimados (as) señores (as):

En mi condición de lectora de la tesis de investigación titulada: *El Régimen de Interrelación Familiar Costarricense en Situaciones Internacionales: Un análisis sobre la aplicación del Derecho Internacional Privado en los países no firmantes de la Convención de Uruguay o Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de menores y el Convenio 28 de la Haya o Convenio Sobre Los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*", tesis elaborada por el estudiante Sammy Pérez Matamoros carné B047955, informo que he leído el texto y considero que el mismo cumple con todos los requisitos que son exigidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

De esta manera, apruebo que la tesis sea defendida ante un Tribunal Examinador conformado al efecto.

Por lo tanto, otorgo mi aprobación para que esta tesis sea defendida en su fase de replica ante el Tribunal Examinador correspondiente.

Cordialmente


MSc Roxana Figueroa Flores
Lectora

M. sc. Roxana Figueroa Flores
Carné 14485
Abogada-Notaria
Universidad de Costa Rica
Consultorios Jurídicos

Licda. Marianita Devandas A.

Filóloga

naturalspanish@gmail.com- celular 83882070  revisiondetesiscr

San José, 11 de noviembre de 2019

Señores
Universidad de Costa Rica
Escuela de Derecho

Estimados señores:

Por este medio, yo Marianita Devandas Artavia, mayor, casada, cédula 1-0779-0006, colegiada del COLYPRO, carné 11009, vecina de Coronado, hago constar que se me ha presentado, para efectos de corrección de estilo, en mi calidad de profesional graduada en Filología y Lingüística Española, el trabajo de investigación denominado ***El régimen de interrelación familiar costarricense en situaciones internacionales: un análisis sobre la aplicación del derecho internacional privado en los países no firmantes de la Convención de Uruguay o Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio 28 de la Haya o Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores***, sustentado por el estudiante **SAMMY PÉREZ MATAMOROS** para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

He revisado, de acuerdo con los lineamientos de la corrección de estilo, los aspectos de estructura gramatical, acentuación, ortografía, puntuación y los vicios de dicción que se trasladan al escrito y he verificado que se han realizado todas las correcciones indicadas en el documento.

Por consiguiente, este trabajo se encuentra listo para ser presentado oficialmente a la Escuela de Derecho.

Atentamente,


Licda. Marianita Devandas Artavia
Carné COLYPRO 11009

Dedicatoria

A mi mamá, cuyo recuerdo permanecerá en mi corazón y en este proyecto académico, suyo es el mérito.

Agradecimientos

A mi madre y mi abuelita, quienes me dieron el mejor regalo que se puede dar a un hijo y al país: la educación. Sus enseñanzas plagadas de amor formaron al que suscribe.

Mi eterno agradecimiento a los profesores que integraron el Tribunal asesor, por sus constantes aportes, observaciones y enseñanzas, ellos lograron dar forma a esta investigación.

Un especial agradecimiento a Anyelick Campos, Roxana Figueroa, Vivian Rodríguez, Hannia Vega, y a don Luis Fallas, quienes fueron mi luz durante una oscura tormenta, su consejo y fraternal acompañamiento fue y es invaluable para mí.

Todos tenemos en la vida a un Porthos y a un Aramis, y en mi caso, lo han sido y son Jean Carlos Sirias, Javier Pérez y Luis Enrique Mata, su compañía y amistad se las agradeceré siempre.

Y, por último, pero no menos importante, a Carolina Navarro: su apoyo constante me ha dado aliento para finalizar esta investigación.

Epígrafes:

“El porvenir de un hijo es siempre obra de su madre.”

-Napoleón I

“¿Y no sabes que el comienzo es en toda tarea de suma importancia, sobre todo para alguien que sea joven y tierno? Porque, más que en cualquier otro momento, es entonces moldeado y marcado con el sello con que se quiere estampar a cada uno.”

- Platón (377b).

“Sepamos, por lo demás, que lo único que vale la pena en el mundo de hoy que se viva y se luche, es únicamente el esfuerzo. Contra una condición tan desesperante la dura y maravillosa tarea de este siglo es la de construir la justicia en el más injusto de los mundos y la de salvar la libertad de estas almas entregadas a la servidumbre desde su principio. Si fracasamos, los hombres volverán a la noche más oscura. Pero, al menos, habremos intentado eso”

-Camus, 1995: 323.

El pájaro, un nido; la araña, una tela; el hombre, la amistad.

-William Blake

“Las universidades son los centros indicados para la difusión de las ideas que han de modelar con distintivo propio el alma de la patria y campo propicio para que la juventud intente, por lo menos, ganar esa batalla del pensamiento, así como nuestros antepasados, después de esfuerzos prolongados y heroicos, lograron la independencia y nos legaron las libertades esenciales del régimen democrático”

-Alejandro Alvarado Quirós

“El hombre culto, por serlo, debe ser un hombre al servicio de su país y de sus conciudadanos y de la Humanidad en general; un ser de amplio espíritu humano y social. La superioridad del universitario, si es que se desea emplear tal término, es simplemente superioridad en la aptitud para servir”

-Rodrigo Facio Brenes

Índice:

Dedicatoria	i
Agradecimiento	ii
Epígrafes	iii
Índice	iv
Resumen	v
Ficha bibliográfica	viii
Introducción	1
- I. Antecedentes.....	1
- II. Justificación.....	3
- III. Problema.....	6
- IV. Hipótesis.....	6
- V. Objetivos.....	7
- VI. Marco metodológico.....	7
Capítulo I. El derecho de familia como un sistema orgánico: Análisis del régimen de interrelación familiar y el derecho de guarda	13
- Sección A. Filiación como fuente de derechos y obligaciones	13
- Sección B. Derecho de Guarda e interrelación familiar: Un sistema armónico.....	18
Capítulo II. Derecho de Familia en una realidad globalizada	33
- Sección A. Bien superior del Menor como criterio para otorgamiento del régimen de interrelación familiar.....	38
- Sección B. La seguridad jurídica como parámetro a analizar para la aceptación de un régimen de interrelación familiar.....	48
- Sección C. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y El Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores como garantes del derecho de guarda en una realidad internacional.....	55
• Sección C.1: El Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	55
• Sección C.2 La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.....	65
Capítulo III. Análisis de la aplicación de los Convenios de Uruguay y el Convenio 28 de la Haya en Costa Rica	75
- Sección A. Análisis sobre los problemas que implica aceptar un régimen de interrelación familiar internacional cuando un país no ha suscrito la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y El Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores como garantes del derecho de guarda en una realidad internacional.....	86
- Sección B. Análisis de jurisprudencia internacional: Una ilustración del problema.....	97
Conclusiones	109
Bibliografía	114
Anexo A	122

Resumen

El derecho de familia ha tenido que circunscribirse en una realidad internacional, la cual le ha obligado a modificar, participar y crear nuevos institutos jurídicos que den respuestas eficaces a los problemas que surgen de dichas interacciones globales. Dentro de ese contexto, surgen el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, las cuales pretenden solventar la problemática de sustracción internacional de personas menores de edad. No obstante, en la realidad internacional heterogénea, normativamente, se refleja que diversos Estados han optado por no suscribir ninguna de las dos convenciones, lo cual genera una desprotección a las personas menores de edad, así como le genera una problemática a los jueces y juezas de familia al momento de permitir un régimen de interrelación familiar en esos países no parte del Convenio. Por lo anterior, la investigación pretende generar una armonización entre diversos institutos del derecho de familia, para que, de esta manera, se pueda entender la relevancia jurídica que tienen dichas convenciones internacionales al momento de resolver una solicitud de interrelación familiar internacional.

A. Justificación del tema

En una realidad globalizada, donde el tránsito internacional es cada día más frecuente, se presenta como necesario cambiar o adaptar los institutos jurídicos existentes para dar respuestas eficaces a los problemas que surgen de dichas interrelaciones globales. De lo anterior no se escapa el instituto de la interrelación familiar, el cual puede ser ejercitado fuera de la jurisdicción del Estado que lo otorgó, por lo cual, el derecho internacional privado ha optado por crear y firmar tratados internacionales sobre restitución internacional de personas menores de edad, para garantizar la eficacia de los derechos de guarda y de interrelación familiar. No obstante, existen diversos Estados que no han firmado ni ratificado dichas convenciones de restitución, lo que podría significar un riesgo en la eficacia del derecho de guarda y del principio de bienestar superior de la persona menor de edad, ya que, se carece de los mecanismos jurídicos que otorgan dichos textos internacionales.

B. Formulación de hipótesis

El juez cuando tiene que valorar sobre la procedencia de un régimen de interrelación familiar con elementos internacionales de extranjería, debe cerciorarse de que el país, en el cual el menor va a compartir con el beneficiario del régimen, sea parte de alguno de los tratados internacionales sobre

sustracción de menores, a saber: La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores o el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; ya que si dicho país no ha firmado ni ratificado tales tratados, la eficacia del régimen puede disminuir y acrecienta el riesgo de que la persona menor no vuelva con el titular del derecho de guarda.

C. Objetivo general

Mostrar los posibles problemas que conlleva el otorgamiento de un régimen de interrelación familiar internacional cuando el beneficiario del régimen se encuentre en un Estado que no ha ratificado La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores o El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

D. Metodología

La presente investigación utiliza un método analítico, aplicable a las categorías pertenecientes a dos ramas del derecho distintas, específicamente el derecho internacional privado y el derecho de familia, con la finalidad de desglosar de dichas ramas, categorías propias de cada una, para ver sus dinámicas e interacciones, y así develar la existencia de la problemática central de la investigación; por ello, la metodología es eminentemente cualitativa, prescindiendo de análisis cuantitativos, y centrándose en el estudio e investigación bibliográfica.

E. Conclusiones generales:

El derecho de familia debe entenderse como una rama integral del derecho, lo que significa, en primer lugar, que sus institutos poseen una coherencia lógica para la solución de los problemas de índole familiar, y, en segundo lugar, que deben de circunscribirse de manera sistemática con las demás áreas del derecho para el alcance del principio de plenitud del derecho. La anterior afirmación queda clara con el estudio de los institutos estudiados, donde, cada uno de ellos repercute en otros institutos. Específicamente, en cuanto al derecho de familia, la filiación repercute sobre la responsabilidad parental y esta a su vez, con los derechos de guarda, interrelación familiar y el principio del bienestar superior del menor, existiendo una coherencia lógica entre todos ellos.

Asimismo, el derecho de familia se compone también de principios generales del derecho como lo son la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, siendo vitales para resolver conforme a los principios democráticos de un Estado social y democrático de derecho. Ello queda en evidencia con

la argumentación esbozada en las páginas siguientes, donde el apego al principio de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva, llevó a la creación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, mismos, que crean mecanismos jurídicos que dan eficacia real a dichos principios.

Ahora bien, al amparo de la anterior organicidad, el otorgamiento de un régimen de interrelación internacional que vaya a ser ejercido en un Estado que no haya firmado los tratados de restitución, se presenta riesgoso hacia los derechos de la persona menor de edad, ya que el derecho de guarda no encuentra los respaldos normativos que prevén las convenciones sobre restitución, por lo que se afectan tanto los principios del bienestar superior de la persona menor de edad, como los de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva.

Ficha bibliográfica: Pérez Matamoros, Sammy Mauricio. El régimen de interrelación familiar costarricense en situaciones internacionales: un análisis sobre la aplicación del derecho internacional privado en los países no firmantes de la Convención de Uruguay o Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio 28 de la Haya o Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019. viii y 123.

Director: Máster Jorge Olaso Álvarez

Palabras Claves: derecho internacional privado, derecho de familia, Convención de Uruguay, Convenio 28 de la Haya, derecho de guarda, interrelación familiar, autoridad parental, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, restitución internacional.

Introducción

I. Antecedentes

Posterior a la Segunda Guerra Mundial la visión sobre los alcances de la soberanía de los Estados-Naciones se flexibiliza en pro de valores que, superiores a principios de no intervención o de autodeterminación estatal, debían tutelar los derechos de la ciudadanía dentro de nuevas dinámicas, siendo dicha coyuntura la que demarca el nacimiento de diversas ramas del derecho que buscan proteger los derechos de todos los seres humanos sin importar el Estado en que se encuentren.

Efectivamente, las violaciones continuas a la dignidad humana que se presentaron durante dicho conflicto bélico, pusieron en discusión los alcances de la soberanía de los Estados, generando como límite al poder estatal, valores y principios que debían ser respetados; específicamente se generaron discusiones sobre formas idóneas para proteger la vida humana, la libertad y derechos que se consideraron inherentes al ser humano.

Es en dicha coyuntura que surge la rama de los derechos humanos como disciplina orientadora de las legislaciones a nivel internacional, donde los Estados deben procurar la armonización de sus ordenamientos jurídicos, en todas sus ramas, con los presupuestos de dicha disciplina jurídica.

Aunado a lo anterior, la dinamización cultural, política y económica que se da en el siglo XXI con relación al siglo XX, provoca un cambio en todos los ámbitos sociales y dentro de ellos se encuentra la dinamización de la concepción de familia, lo que conlleva a una resignificación de esta en el campo de lo jurídico. Específicamente Dreyzin de Klor (2012) parte de esta conclusión para ilustrar los principales cambios que ha sufrido el derecho de familia a nivel internacional, donde las soluciones estatistas generan más problemas que soluciones. Para la autora el derecho de familia latinoamericano se desarrolla en medio de una discusión de aceptación de nuevos modelos de familia, mismos que se ven legitimados y tutelados por visiones modernas de derechos humanos y de derecho internacional privado.

Justamente para Dreyzin de Klor (2012) el “...objetivo principal de los derechos humanos (DDHH) consiste en establecer y ampliar una barrera que obre como límite meridiano a los regímenes nacionales amparados en la impunidad que ellos mismos generan, y vulneran sin escrúpulos

derechos individuales y colectivos”¹ ; lo que provoca un rompimiento de la antigua visión de la soberanía estatal, misma que verá sus límites en dicha conceptualización de derechos humanos. Por otro lado, existe otra rama del derecho que ha intentado dar respuestas eficaces y democráticas a las nuevas situaciones familiares: el derecho internacional privado, el cual se presenta como una “ciencia jurídica dedicada y comprometida con la situación privada internacional, captando la problemática vinculada a las relaciones jurídicas de la familia conectada a diversos ordenamientos

legales”² , siendo dicha rama una forma de visibilizar las actuales interrelaciones familiares, para darles respuestas a las problemáticas que pueden surgir en situaciones internacionales, y donde el contraste de las diferentes legislaciones estatales podrían generar una inseguridad jurídica a los participantes de dicha situación.

Bajo esta tesitura, donde los modelos familiares se muestran cambiantes y donde el resguardo de estos se intenta alcanzar a través de instrumentos de derechos humanos, se desarrolla el derecho internacional privado, específicamente, estudiado los institutos del derecho de familia en un constante devenir social que se circunscribe a un ámbito internacional.

Así, el análisis del derecho de familia deja de ser estático-nacionalista, para transformarse en un análisis que se circunscribe a una realidad internacionalista, donde los institutos del derecho en general y del de familia en particular, deben abordarse a través de una realidad transnacional, donde participa normativa nacional como normativa internacional a través de tratados de derecho internacional.

El régimen de interrelación familiar es uno de los institutos del derecho de familia que se ha visto irradiado de esta internacionalización, circunscribiendo nuestro país diversa normativa internacional que afecta dicho instituto, como lo son: Convención sobre los Derechos del Niño, Convención de Uruguay o Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Convenio 28 de la Haya o Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Ahora bien, para la correcta lectura de dicho fenómeno es necesario entender las relaciones que tiene el régimen de interrelación familiar con otros institutos, a saber: la filiación, la autoridad

1

Adriana Dreyzin de Klor. *El derecho internacional de familia en la postmodernidad: Familia internacional, Sustracción internacional de niños, Subrogación materna y sus efectos internacionales*, (San José, Costa Rica: Jurídica Continental, 2012), 8.

2

Ídem, 8

parental y la guarda crianza y educación; tema que será abordado en el primer capítulo de la presente investigación. De esta forma, la discusión central versará sobre conceptos de naturaleza familiar aplicados en relaciones internacionales de extranjería, lo que significa una reinterpretación en la aplicación de los institutos desarrollados por la dogmática jurídico-familiar.

Para ello, el sistema interpretativo que se utilizará en la presente investigación será integrativo, con el fin de revisar los institutos del derecho de familia, específicamente la interrelación familiar, a la luz del derecho internacional privado, concretamente, en el Convenio 28 de la Haya y en el Convenio de Uruguay sobre Sustracción de Menores.

Para alcanzar lo anterior son de vital importancia los autores Diego Benavides, Obando Peralta, Sáenz Carbonell, Dreyzin Klor, quienes desarrollan de forma integral principios del derecho internacional privado siempre en armonía con otras ramas del derecho, y específicamente en función de esta investigación, los aportes de Dreyzin Klor son de vital importancia, ya que genera una relación directa entre el derecho internacional privado y los institutos del derecho de familia a analizar.

II. Justificación:

“En un mundo que se ha hecho pequeño gracias al desarrollo de las comunicaciones y en el que podemos conocer los acontecimientos casi en el instante en que se producen, los individuos tienen muchas más posibilidades de interrelación”³.

El progresivo cambio en las relaciones sociales ha llevado a una interacción transestatal, donde las personas ciudadanas de un Estado determinado interactúan tanto pública como privadamente con sujetos de un Estado diferente del que nacieron.

Si bien, históricamente el fenómeno de la migración ha sido constante, lo cierto es que, el ámbito de las relaciones internacionales jurídico privadas, normativamente hablando, ha sido relativamente

3

Vilma Alpizar Matamoros, “El papel de la Conferencia de la Haya en la Armonización del derecho Internacional Privado”, *Revista Jurídica Ius Doctrina*, No. 13, (2015): 2, Consultado 4 de marzo, 2018, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/download/19746/19810>

reciente. Durante muchos años fue el derecho internacional público y el derecho interno de los Estados, lo que ha regulado la interacción entre personas de derecho privado, específicamente las actuaciones que tienen una repercusión jurídica en un ámbito ajeno al de su nacionalidad.

Sin embargo, el gran avance de las comunicaciones, del comercio, del transporte, y de la globalización en general, ha generado una necesidad de regular de forma eficaz las relaciones jurídicas entre personas físicas o jurídicas de derecho privado que se desenvuelven en atmosferas internacionales, o cuyas repercusiones y acciones contienen elementos de extranjería.

“...el avance en las comunicaciones y los transportes, la globalización de la economía, el auge de los procesos de integración y de los instrumentos jurídicos de libre comercio, el desarrollo de las redes informáticas y el creciente recurso a mecanismos de resolución alternativa de conflictos, así como el progresivo debilitamiento de las concepciones arcaicas y absolutistas sobre la soberanía del Estado, son cada vez más frecuentes y complejos los casos en que se ven involucrados diversos ordenamientos jurídicos nacionales a la vez”⁴

El derecho de familia no se ha excluido del conglomerado de estas nuevas relaciones privadas internacionales, sino que, se han generado nuevas situaciones jurídicas que ameritan un detallado estudio con el fin de dar solución a posibles problemáticas jurídico-familiares en el ámbito internacional.

De lo anterior no queda exento el instituto que se analiza en la presente investigación, específicamente, el régimen de interrelación familiar, mismo que se ha visto sometido a la discusión constante sobre la validez y eficacia internacional., a causa de este incremento de relaciones internacionales.

Efectivamente las relaciones familiares han visto cambios no solo en la conformación y participación de los miembros del núcleo familiar, sino que, la internacionalización ha generado la necesidad de creación de mecanismos que puedan dar solución efectiva a problemas de índole familiar que participen de la extranjerización o internacionalización.

4

Jorge Francisco Sáenz Carbonell, *Elemento de Derecho Internacional Privado*. San José, Costa Rica: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica. Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta, 2016, 3.

Desde esta coyuntura, ha sido el derecho el Internacional Privado, quién ha dado luces a la solución de problemas privados, cuando las normas de un Estado se ven contrapuestas a las de otro. La interconectividad entre los miembros de diferentes Estados ha regularizado dichos problemas y ha generado la necesidad de tutelar las actuales relaciones diarias entre sujetos privados; sujetos que actualmente trascienden en sus actuaciones las fronteras de un Estado y cuyos actos generan efectos jurídicos de los cuales han de darse una solución normativa, con la interrogante de cual norma le será de aplicación para solucionarlo.

“En la actualidad el Derecho Internacional Privado juega un papel muy importante en las interrelaciones comerciales, económicas y sociales que operan entre los diferentes Estados. Por tal razón se afirma que, el mundo de hoy se encuentra en plena transición entre modelos clásicos de soberanía y tendencias actuales de globalización. Estas tendencias de globalización —en las que los eventos políticos, sociales, económicos y culturales están interconectados— tienen el efecto de “encoger” al mundo. Es así como lo que pasa en una parte del planeta tendrá efectos en otra parte ”.

Siguiendo a Alpízar, el derecho internacional privado busca incrementar la seguridad jurídica entre los ciudadanos en un contexto de globalización, donde las relaciones privadas se extrapolan fuera de las fronteras de los países, siendo la firma y ratificación de Convenios Internacionales, uno de los principales mecanismos por medio del cual se hace efectiva la eficacia de dicha rama del derecho.

“El Derecho Internacional Privado procura unificar criterios jurídicos y normas legales en algunas regiones del mundo, es decir armonizar las reglas de Derecho Internacional Privado entre diferentes Estados, de manera que el derecho aplicable sea neutral y otorgue un trato igualitario a los litigantes sean éstos nacionales o extranjeros. La armonización o unificación de las reglas del Derecho Internacional Privado, se ha dado mediante la adopción de tratados, convenciones y leyes modelo”.

5

Vilma Alpízar Matamoros, “El papel de la Conferencia de la Haya en la Armonización del derecho Internacional Privado”, *Revista Jurídica Ius Doctrina*, No. 12, (2015): 2, Consultado 4 de marzo, 2018, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/download/19746/19810>

6

Ídem, 2.

El problema surge cuando ciertos Estados no participan jurídicamente de dicha homogenización, lo que incrementa la inseguridad jurídica de ciudadanos de los Estados en que se presenta la controversia, ello, al no existir una norma homogénea de derecho internacional privado para aplicar al conflicto.

La presente investigación analiza la problemática anteriormente dicha, específicamente, estudia lo referente al régimen de interrelación familiar en nuestro ordenamiento jurídico cuando uno de los beneficiarios de dicho instituto desea ejercerlo en un país que no ha firmado los principales convenios que regulan dicha materia a nivel de Derecho Internacional Privado, sean el Convenio 28 de la Haya y la Convención de Uruguay.

En estas situaciones es el derecho internacional privado la rama del derecho que intentará dar solución a esta problemática de forma normativa, pero será el juez que deba conocer dicha normativa a aplicarse.

III. Problema:

El establecimiento de un régimen de interrelación familiar, cuando existen elementos internacionales de extranjería, presenta especiales dificultades para la persona juzgadora de familia costarricense cuando el país donde se ejercerá el régimen de interrelación familiar no ha afirmado la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores o El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en el tanto, se limitan los mecanismos existentes para hacer efectiva la resolución que aprobó el régimen de interrelación familiar.

IV. Hipótesis:

El juez cuando tiene que valorar sobre la procedencia de un régimen de interrelación familiar con elementos internacionales de extranjería, debe cerciorarse de que el país en el cual el menor va a compartir con el beneficiario del régimen, sea parte de alguno de los tratados internacionales sobre sustracción de menores, a saber la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores o el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; ya que si dicho país no ha firmado ni ratificado dichos tratados, la eficacia del régimen puede disminuir y acrecienta el riesgo de que la persona menor no vuelva con el titular del derecho de guarda.

V. Objetivos:

Objetivo general: Mostrar los posibles problemas que conlleva el otorgamiento de un régimen de interrelación familiar internacional cuando el beneficiario del régimen se encuentre en un Estado que no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores o el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Objetivos específicos:

1. Analizar el instituto de la interrelación familiar y su vinculación con el derecho de guarda.
2. Delimitar la historia, importancia y los alcances de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores con relación al régimen de interrelación familiar en situaciones internacionales.
3. Establecer, mediante estudio de casos, la importancia que tiene para la eficacia del derecho de guarda, que el juez revise que el país a donde se ejecutará el régimen de interrelación familiar haya firmado el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

VI. Marco metodológico:

Para el debido abordaje de la problemática planteada se utilizará un método analítico, donde se analizarán categorías pertenecientes a dos ramas del derecho distintas, específicamente el derecho internacional privado y el derecho de familia, con la finalidad de desglosar de dichas ramas categorías propias de cada una, para ver sus dinámicas e interacciones y así develar la existencia de la problemática central de la investigación.

Siguiendo a Zenteno & Osorno (2015) una metodología analítica es propia de investigaciones de índole científico, donde la finalidad del investigador es desglosar, de un todo, categorías e hilar ideas que conduzcan a la explicación de fenómenos o conceptos particulares. Así, de dos ramas generales del derecho como lo son el derecho de familia y el derecho internacional privado se utilizará un análisis puntual de conceptos que interactúan en la práctica jurisdiccional y judicial (Tribunales de Familia y administrativamente en el PANI, para ser concretos), para revelar sus interacciones y sus problemas de eficacia jurídica.

“El análisis tanto de los problemas como de las cosas, no es tanto un objetivo sino una herramienta para construir síntesis teóricas [...] El desmontaje del mecanismo no se detiene cuando se ha investigado la naturaleza de sus partes ya que el próximo paso es el examen de la interdependencia de las partes y la etapa final es la tentativa de reconstruir el todo en términos de sus partes interconectadas ”⁷

De esta manera se puede deducir que la investigación trabajará con determinadas categorías jurídicas, de las cuales se realizarán subcategorizaciones y posteriormente conexiones y participaciones de las mismas con el fin de poder generar ligámenes plausibles entre las dos ramas estudiadas como sus consecuentes consecuencias teórico-prácticas.

En la misma línea, Ruiz (2006) señala que lo característico de las investigaciones que utilizan el método analítico es el estudio y abordaje de una rama general hasta su consecuente descomposición; proceso mediante el cual se puede alcanzar la comprensión de las particularidades que componen dicha generalidad.

“...aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías”⁸

Así, la presente investigación aborda dos disciplinas generales del derecho el derecho de familia y el derecho internacional privado, siendo la metodología analítica, la que permite acceder a institutos propios de cada una de dichas disciplinas, sin perder de vista la sistematización y armonización que deben de existir entre dichos institutos y sus ramas generales. Asimismo, mediante el mismo método de investigación se puede, tal y como señala Ruíz (2006), realizar analogías y comparaciones, posibilidades que permiten analizar los institutos de dos disciplinas jurídicas

7

Blanca Zenteno Trejo & Armando Osorno Sánchez. *Lineamientos para la investigación Jurídica*. (DF, México, 2015). p. 139.

8

Ruíz, Ramón. —Historia y Evolución del pensamiento científico. *Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas*. (México, 2006). p.120.

distintas, como también posibilita que las mismas puedan dialogar y armonizarse entre sí, para el alcance de una lectura orgánica.

Asimismo, se utilizan otros dos métodos de análisis: el método deductivo y el método inductivo. El primero responde a la utilización de presupuestos de índole general, como lo son las normas contenidas en tratados de derecho internacional público, Constitución Política, el Código de Familia, Código Bustamante, Código de la Niñez y la Adolescencia y cualesquiera otros relacionados con la temática abordada.

Tal y como señala Zenteno & Osorno el método deductivo responde a “...sistemas jurídicos Romano-Germánicos [...] por medio de los cuales se procede lógicamente de lo universal a lo particular. Parte de una premisa general para obtener las conclusiones de un caso particular”⁹. De esta manera se utilizará como estructura de análisis sistemas de índole deductivo normativo, donde a partir de normas (constitucionales, leyes, tratados internacionales) y sistemas doctrinarios se abordará la problemática de la investigación, específicamente, se deducirán los conceptos y categorías que colaboren de forma sistemática la comprensión del tema, generando diálogo entre las dos ramas del derecho abordadas, la de familia y el internacional privado.

El método inductivo será utilizado al realizar las consultas de las resoluciones administrativas y jurisdiccionales nacionales como internacionales, específicamente sentencias administrativas del Patronato Nacional de la Niñez y Adolescencia y sentencias del Tribunal de Familia, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia e incluso de algunos juzgados de Familia; como en materia internacional sentencias de organismos internacionales. Este método se utilizará en el tanto, el examen inductivo permite “...analizar casos particulares cuyos resultados son tomados para extraer

conclusiones de carácter general”¹⁰

Así el proyecto: «El régimen de interrelación familiar costarricense en situaciones internacionales: Un análisis sobre la aplicación del derecho internacional privado en los países no firmantes de la Convención de Uruguay o Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores y el Convenio 28 de la Haya o Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional

9

Ídem, 140.

10

Zenteno Trejo, Blanca & Osorno Sánchez, Armando. *Lineamientos para la investigación jurídica*. (DF, México, 2015). p. 140.

de Menores» se fundamenta en una metodología de investigación bibliográfica, con naturaleza analítica, deductiva e inductiva, con el fin de sostener teóricamente las tesis que seguidamente se desarrollarán en el trabajo de investigación final. Para ello se divide el desarrollo del tema en cinco fases que se explicarán a continuación.

Fase 1: Búsqueda de información sobre análisis de textos, en cuanto a los términos que se desarrollarán en el trabajo, como lo son el derecho internacional privado, régimen de interrelación familiar, interés superior del menor, Convenio de Uruguay, Convenio 28 de Haya, sustracción. Posteriormente al tenerse una visión de estos, se procederá al planteamiento de un prototema y un protoproblema. Ulteriormente a la escogencia de este prototema, se procedió a buscar material bibliográfico referente a los conceptos anteriormente citados, sus usos, sus diversas interpretaciones, campos temáticos, jurisprudencia y conexibilidad. Las fuentes elegidas están constituidas por libros de texto, libros de análisis, artículos de revistas, documentos publicados en internet, trabajos finales de graduación, y material normativo.

- Revisión bibliográfica

Fase 2: Escogencia de textos y delimitación de la información. Se realiza una ligera revisión de las secciones de textos que se podrían considerar relevantes para fundamentar la investigación. Por lo que se llega los textos de Dreyzin Klor quien, a través de varias publicaciones, ha constado las influencias del derecho internacional privado en el área del derecho de familia, posteriormente se decide tomar los aportes de dicha autora como fuentes primarias de información, es decir dichos textos se «...constituyen en un buen punto de partida para una investigación (la que intentaremos desarrollar), pero la información que suministre debe de ser comparada con otras fuentes de información sobre el asunto, de modo de poder formar un panorama básico y global, a la vez, del objeto o fenómeno en discusión» De este modo se prosigue con la realización de la reducción del periodo de análisis, elección del método de análisis de textos y la investigación bibliográfica.

- Estudio bibliográfico.

Fase 3: Estudio e investigación bibliográfica. Siguiendo a Gallardo (1991) una investigación bibliográfica es aquella etapa de la investigación, donde se explora qué se ha escrito en la comunidad científica sobre un determinado tema o problema. Dicha investigación bibliográfica presupone, primeramente, la definición de cuestiones generales como el tema, el problema, el marco teórico a utilizar (fases primera y segunda). Una vez realizadas dichas preetapas, se procede

a hacer una investigación bibliográfica, básicamente para ver qué se ha escrito sobre la cuestión. Dicha etapa es vital, ya que esta indagación bibliográfica permite saber sobre el tema que se va a tratar, además permitirá entre otras cosas, el apoyar la investigación que se desea realizar, para así impedir el comenzar investigaciones ya realizadas y además ayuda el seleccionar un marco conceptual bien delimitado.

De esta manera, para poder segregar óptimamente la bibliografía encontrada se ha primeramente comprender las estructuras de los discursos, además se realizará una segmentación de frases para poder entender los problemas allí expuestos. Asimismo, la ubicación de tópicos para determinar los temas que se han de tratar; también es necesario determinar el contexto histórico-social en el que está inmerso, en este sentido se debe ubicar categorías y filtros donde se debe ubicar el emisor y el receptor de manera temporal, los privilegios que este puede adquirir y los datos relevantes que da.

Fase 4: Análisis y comparación de la información obtenida:

Una vez identificadas las categorías a utilizar y realizado el descarte correspondiente de otras que no convienen a la investigación misma, se procede a desarrollar el problema, basándose en los conceptos ya discernidos, y con apoyo de la bibliografía seleccionada.

Fase 5: Conclusiones y organización de la información:

5.1 Ilustración y comprensión de los conceptos tratados en el marco teórico.

5.2 Desarrollo del paralelismo entre derecho internacional privado y derecho de familia costarricense.

5.3 Análisis del contexto actual costarricense: Jurisprudencia en procesos de interrelación familiar con elementos de extranjería.

Instrumentos teóricos: la presente investigación utiliza diferentes materiales bibliográficos de apoyo, mismos que serán utilizados durante el desarrollo del trabajo, y específicamente se utilizan:

- Libros de texto.
- Conferencias documentadas.
- Sentencias administrativas.
- Sentencias jurisdiccionales.
- Sentencias de organismos internacionales.
- Artículos de revista.

-Legislación nacional.

-Tratados de derecho internacional.

Dichos instrumentos son concordantes con las metodologías escogidas para la realización de la investigación, en el tanto generan el soporte teórico para realizar los análisis, deducciones e inducciones que permitan develar la pertinencia del problema planteado, así como su debido abordaje.

Capítulo I. El derecho de familia como un sistema orgánico: Análisis del régimen de interrelación familiar y el derecho de guarda

En el presente acápite se pretende delimitar dos institutos del derecho de familia como parte de un sistema armónico denominado derecho de familia. Así, se entenderá como orgánico, la correspondencia lógica-jurídica que existe entre estos institutos y los demás que componen el derecho de familia, a saber: la filiación, la responsabilidad parental, la separación de cónyuges, divorcio e interrelación familiar.

Lo anterior tiene como finalidad que el lector comprenda que los institutos del derecho de guarda y derecho de interrelación familiar, forman parte de una rama de estudio del derecho integral, a saber, el derecho de familia y por ello deben siempre ser abordados de forma integral deviniendo de lo contrario la insuficiencia hermenéutica en el abordaje del fenómeno jurídico.

De esta manera, en un primer momento, se analiza el instituto de la filiación como el productor de derechos y obligaciones entre los padres, las madres hacia el hijo o la hija, como también del hijo o la hija hacia los padres y las madres, siendo la autoridad parental la consecuencia jurídica de este primer instituto, para analizar posteriormente los derechos que se deducen de la responsabilidad parental, con especial énfasis en los aspectos personales de este: el derecho de guarda y el derecho de interrelación familiar.

Sección A. Filiación como fuente de derechos y obligaciones:

La figura de la filiación se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico tanto por normas de derecho interno, como el Código de Familia, la ley 8101 o Ley de Paternidad Responsable, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, así como en normas de derecho internacional como Convención sobre los Derechos del Niño, textos en donde se concibe a la filiación como un nexo jurídico entre la madre, el padre y el hijo o la hija.

Tal y como expone la doctrina del derecho de familia, la filiación (del latín *filius-hijo*), es el instituto que genera un vínculo jurídico entre el hijo o la hija y sus personas progenitoras, constituyéndose dicho instituto como nexo jurídico entre dichos sujetos, dotando de obligaciones y derechos entre los partícipes de este vínculo jurídico.

Así, la calidad de padre y de madre, entendida como paternidad la primera y maternidad la segunda, conlleva, por parte de los que ostentan dicha condición, derechos como también obligaciones. Dentro de estos derechos y obligaciones, que adquieren los padres, se encuentran el instituto de la responsabilidad parental, y dentro de este, el instituto de la interrelación familiar, derivándose así un cúmulo de relaciones jurídicas, entre ellas, obligaciones entre el beneficiario del instituto, el menor, y quien ostenta el derecho de guarda.

No obstante, para entender lo anterior es necesario dilucidar la figura de la filiación, su naturaleza jurídica, y posteriormente las consecuencias que conlleva dicha determinación filial. Así, se debe entender la filiación como una afirmación de índole jurídica, donde producto de un evento biológico se reafirman repercusiones jurídicas hacia quienes se les atribuye dicha afirmación. Hernández (2016) conceptualiza la figura como:

“...el vínculo biológico y jurídico que une a una persona con el hombre que la engendró y con la mujer que la alumbró. Por ello se afirma que el presupuesto biológico fundamental de la relación jurídica paterno- filial es la procreación y que la filiación es, por lo tanto, la afirmación jurídica de una realidad biológica”¹¹

Dicha afirmación se encuentra positivizada tanto por nuestro ordenamiento jurídico interno en el Título II del Código de Familia, el Código de la Niñez y Adolescencia, la Ley de Paternidad Responsable; como también se encuentra regulada por normas de derecho internacional como lo son la Convención sobre los derechos de Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 25), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969 (artículo 17.5).

Las regulaciones establecen obligaciones entre el hijo o la hija y sus progenitores, ello sin generar ninguna discriminación entre los hijos y las hijas, sin importar si el alumbramiento se dio dentro del ámbito matrimonial o fuera de este. En nuestro ordenamiento jurídico dicha igualdad se encuentra tutelada de manera constitucional, tal y como lo establecen los artículos 33 y 53 de la Constitución Política, mismos artículos que deben de leerse sistemáticamente para el aseguramiento de los derechos de las personas menores de edad, ya que se asegura la igualdad de derechos y de

11

Gerardo Hernández Bosques, “¿Que la realidad biológica coincida con la realidad jurídica!” (Puerto Rico), *Revista Jurídica U.I.P.R.*, Vol. XLI 1 y 2 (2016): 539.

obligaciones entre los participantes del vínculo filial.

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

Artículo 53.- Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.

Así las cosas, aun cuando nuestro ordenamiento jurídico reconoce diferentes tipos de filiación, como la filiación matrimonial, extramatrimonial, adoptiva y artificial, se establece claramente que los efectos jurídicos, una vez declarada la filiación, deben ejecutarse de forma tal que se apeguen al principio de igualdad constitucional. Específicamente, la declaratoria de la filiación conlleva que el menor de edad pueda ostentar la calidad de hijo/*filius*, y por lo tanto sus progenitores puedan ejercer las atribuciones propias de la maternidad y de la paternidad, específicamente, implica el surgimiento de la responsabilidad parental.

Es necesario, antes de adentrarse en las consecuencias jurídicas de la declaración de la filiación, remarcar, de manera somera, la afirmación realizada supra: La filiación es un vínculo jurídico que nace por un acto biológico o artificial, pero que no depende necesariamente de estos, sino que, existen parámetros de orden legal, que puede generar la existencia de una discordancia entre el factor biológico y la declaratoria filial.

Efectivamente, la filiación “... o procedencia de los hijos respecto a los padres”¹² puede originarse de forma biológica, de forma artificial, o de forma legal; así como también puede darse dentro del matrimonio como fuera del mismo. Son las condiciones en que se dé, las que determinarán los procedimientos para la correspondiente solicitud de impugnación o reconocimiento. No obstante, lo anterior, la importancia de la declaración de la filiación recae en la igualdad de deberes y derechos que conlleva la declaratoria filial, en el tanto, se genera el vínculo jurídico entre el *fili*, su madre y padre.

En diversos ordenamientos jurídicos se ha reforzado la necesidad de prohibir cualquier clasificación filiatoria, y específicamente, han dejado en claro la necesidad que, aun existiendo clasificaciones,

12 Linette Sánchez de Brasero, “Determinación Filial Basada en el Interés del Menor ante Vínculos Genéticos, Gestacionales e intencionales (Puerto Rico)”, *Revista Jurídica U.I.P.R.*, Vol. XLI No. 1 y 2 (2006): 504.

las mismas no generen efectos jurídicos que dañen el principio de igualdad, y que, por lo tanto, generen un daño o desventaja al menor de edad nacido; deviniendo así, la obligación por parte de los Estados de velar por que dicho principio de igualdad no sea violentado.

“Es deber del Estado garantizar los derechos que el menor o su representante reclamen, así como es su responsabilidad proveer los medios y recursos necesarios para salvaguardar los intereses y adelantar el bienestar superior de los
13
menores”

Así, la declaración de filiación garantiza al menor y a sus progenitores un estado de seguridad jurídica, donde se establecen de forma clara los derechos y deberes de los participantes de dicho nexo jurídico, asegurándoles “...la estabilidad familiar, asignando un hogar seguro, y definiendo
14
derechos e imponiendo responsabilidades”

La división del aspecto biológico y jurídico, en materia de filiación, no ha sido nueva en el ordenamiento jurídico costarricense, sino que, la misma se ha desarrollado a través de la historia normativa que ha regulado dicho instituto. Así, el Código de Carrillo o Código General del Estado de Costa Rica, denegó el acceso por parte de la madre y del menor a la investigación de la realidad biológica; no obstante, permitió la impugnación de paternidad al padre.

“Un análisis de las acciones de investigación que han existido en nuestra legislación, nos lleva a referirnos en primer lugar al Código General del Estado de Costa Rica, conocido también como Código de Carrillo. No existen regulaciones en cuanto al tema de la investigación de paternidad en el citado Código. No es de extrañar, que en una sociedad extremadamente machista se establecieran disposiciones que permitían impugnar el reconocimiento y que no permitían reconocer a hijos nacidos de un "comercio incestuoso, ó (sic) adulterino, no así en cuanto a la posibilidad de señalar a un presunto padre y que los órganos
15
encargados de impartir la justicia, lo investigaran” .

13 Ídem, 504.

14 Ídem, 504-505.

15 Luis Antonio Bolaños Bolaños & Irene Montanaro Lacayo, “Ley de Paternidad Responsable y Registro Civil”, *Revista de Derecho Electoral*. Número 2 (Segundo Semestre 2007): 4.

Con la promulgación de las subsecuentes normas filiatorias se intentó acercar la realidad biológica a la declaración jurídica, no obstante, siempre permaneció la diferenciación. Así, con el Código Civil de 1870 se reguló por primera ocasión en Costa Rica la investigación de paternidad, pero subsistiendo severas limitantes por parte de la madre y del hijo o la hija a dicho procedimiento legal, específicamente, se denegó la investigación de paternidad cuando existían determinados presupuestos: cuando el presunto padre se le reclamará dicha condición y estuviera casado, también cuando el hijo o hija fuera producto de una relación adulterina o incestuosa.

“Artículo 123.- Es permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios.

Artículo 124.- Es prohibida la investigación de paternidad ilegítima, excepto:

- 1.- Cuando exista escrito del padre, en que expresamente declara su paternidad.
- 2.- Cuando esté el hijo en posesión notoria de estado.
- 3.- Cuando en caso de estupro, violación o rapto, coincida la época de la concepción, en los términos del artículo 100, con la época del hecho punible.

Artículo 125.- La investigación de paternidad o maternidad es prohibida, cuando el reconocimiento no puede verificarse, por ser el hijo adulterino o incestuoso; la de maternidad es también prohibida cuando la madre del hijo natural es casada actualmente.

Artículo 126.- La investigación de paternidad o maternidad sólo puede intentarse en vida de los padres, a no ser que éstos fallecieren durante la minoridad de los

16
hijos...”

Con la promulgación del Código Civil de 1886 se permitió la investigación de paternidad sin importar que la menor o el menor nacido hubiese sido concebido fuera del matrimonio, lo que fortaleció la responsabilidad de los padres para con la persona menor de edad, en el tanto se logró dar eficacia a las consecuencias jurídicas de la paternidad.

Asimismo, con la promulgación del Código de Familia se generó un fortalecimiento del principio constitucional de igualdad, mismo que se ve potenciado con la creación del artículo 98 bis del mismo texto normativo y de la Ley de Paternidad Responsable, en el tanto, se lograron generar mecanismos idóneos para realizar la investigación de maternidad y de paternidad, despojando

16 Código Civil, Decreto N° 18 de 12 de mayo de 1870. Citado por Luis Antonio Bolaños Bolaños & Irene Montanaro Lacayo, “Ley de Paternidad Responsable y Registro Civil”, *Revista de Derecho Electoral*. Número 2 (Segundo Semestre 2007): 4-5.

dichos mecanismos de solemnidades innecesarias que desincentivaba a la población a investigar su realidad biológica; ello sin generar una determinación de lo biológico sobre jurídico, ya que, se mantuvo la posibilidad de que la filiación fuera determinada por aspectos diferentes a lo biológico, tal y como es el caso de la filiación social, misma que se refleja en el instituto de la posesión notoria de estado. Otro ejemplo que refleja dicha desvinculación con lo biológico es la filiación adoptiva, como también el reconocimiento de hijo con conocimiento de que el menor no es biológicamente hijo de la persona que conoce; así queda en evidencia que la filiación es una declaración jurídica, donde confluyen aspectos que trascienden el mero hecho de la procreación o hecho biológico.

De esta manera, en el presente acápite, se intentó dejar en evidencia que la declaratoria de filiación, sin importar el tipo, o la forma en que se dio la misma, genera tanto para el padre como para la madre obligaciones de índole jurídico, específicamente, genera en ellos la obligaciones propias de la responsabilidad parental o patria potestad, misma que doctrinariamente, y jurisprudencialmente se ha dicho que engloba tres aspectos esenciales: un aspecto personal, un aspecto patrimonial y un aspecto de representación, pero dicho análisis se realizará en la siguiente sección.

Sección B. Derecho de guarda e interrelación familiar: un sistema armónico:

Previo al análisis del derecho de guarda y del derecho de interrelación familiar es necesario abordar un instituto del derecho de familia que los engloba, a saber, la responsabilidad parental, para que se pueda entender la razón que fundamenta la dinámica entre dichos derechos.

“Mientras los hijos son menores de edad los padres tienen numerosos derechos hacia ellos, encaminados a su protección y su formación. Ahora bien, para cumplirlos adecuadamente y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos”¹⁷

Tal y como se expuso en la sección A del presente capítulo, la filiación genera un vínculo jurídico entre el padre y la madre hacia el hijo o la hija, no obstante, la responsabilidad parental es el instituto que engloba los derechos y deberes que tendrán padres con respecto a sus hijos o a sus hijas.

¹⁷ Albaladejo, Manuel, *Compendio de Derecho de Familia y Sucesiones* (Barcelona: Editorial: Ed. Librería Bosch, 1965), p 90.

El instituto de la responsabilidad parental o patria potestad se encuentra regulado, normativamente, en el Código de Familia, específicamente en el Título II y Título III, así como en el Código de la Niñez y Adolescencia, en los artículos 29 y 30; en todos estos se deja en evidencia los principales componentes de este, pero es en el artículo 140 del Código de Familia donde se plasma de manera más clara:

Artículo 140.- Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto

19

interés, los hijos serán representados por un curador especial .

Como se puede observar del citado artículo, el Poder Legislativo impone a los padres del menor de edad obligaciones tanto de regirles, protegerles, administrar sus bienes, como de representarlos; siendo la doctrina quién ha clasificado dichos deber-poderes en tres aspectos que se proceden a analizar.

1. Aspecto personal: Dicho aspecto engloba el poder-deber de proteger y cuidar a la persona menor de edad, lo que significa que los titulares de la responsabilidad parental deben de garantizar a dicho sujeto el alcance y respeto a su integridad psicológica y física, debiendo, por lo tanto, dotar a la persona menor de edad de todos los cuidados necesarios que garanticen dicho fin (la protección de su integridad física y psíquica). Asimismo, implica para los y a las titulares el deber de procurar un adecuado desarrollo que les garantice una preparación suficiente para afrontar los desafíos que le presentará la vida, así como la necesidad de velar por sus necesidades básicas.

Los anteriores deberes-poderes del aspecto personal han sido sintetizados en los derechos de guarda, el derecho de crianza y el derecho de educación, entendiendo el primero como el derecho que tiene el o la menor de edad de cohabitar con los titulares de dicho derecho, y *a contrario sensu* implica una obligación por parte del o de la menor de no abandonar dicha cohabitación sin que medie una razón que lo permita. El derecho de guarda se ejerce conjuntamente entre los padres y las

18 Si bien en la actualidad, algunos operadores del derecho, y el mismo Código de Familia, utilizan de manera análoga dicho término, en la presente investigación se hará uso del término responsabilidad parental, en el tanto, el mismo prescinde de la carga histórica que tiene patria potestad, donde, según el Código napoleónico, le correspondía dicho poder al padre de familia y no así la madre; cómo también prescinde la interpretación de que dicho instituto como un poder irrestricto por parte del *Pater familias*. Si bien existen autores que defienden la utilización por su etimología (Pérez 1984), lo cierto es que la responsabilidad parental responde de mejor manera a los principios de igualdad entre progenitores, como también, visibiliza la figura como un conjunto de potestades (poderes-deberes) y no solo derechos-poderes.

19 Poder Legislativo, “Código de Familia Ley N° 5476”, Sinalevi: art. 140, consultado 28 de enero, 2019, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970

madres siempre y cuando estos cohabiten, pero cuando estos se separan y habitan en lugares distintos el derecho de guarda se reasigna, mayoritariamente, a una de las personas progenitoras quien se posiciona como titular de este, mientras que al padre o a la madre le puede asistir el derecho de visita, específicamente, el derecho de interrelación familiar. Este derecho a la guarda implica un deber de resguardar física y psíquicamente al menor de edad, traduciéndose lo anterior en el cuidado y atención que los titulares deben de prestar al mismo con el fin de resguardar su interés superior.

“Es el poder deber de cuidar al menor, velar por su integridad física y psíquica. La guarda es definida como el hecho de tener físicamente la compañía del menor, cuidarle, atenderle, y es que, los progenitores tienen bajo su custodia a los menores cuando les tienen en su compañía”²⁰

Por otro lado, el derecho de educación implica la preparación del menor hacia los problemas que afrontará en la vida cotidiana, siendo necesario, a los titulares de la responsabilidad parental, el permitir que el o la menor de edad acceda a un sistema educativo (educación formal), como también el dotar al menor de las herramientas adecuadas para que pueda desarrollarse de forma idónea ante la vida cotidiana; por lo cual el derecho a “...la educación, no se refiere sólo a los conocimientos formales sino al hecho de preparar al hijo para la vida”²¹.

El último de los derechos que engloba el aspecto personal de la autoridad parental es el derecho de crianza, el cual se entiende como el deber de las personas progenitoras de garantizar el acceso a los alimentos, como también de todos aquellos recursos que sean necesarios para el adecuado desarrollo del menor. Así, se ha entendido por el derecho de crianza como la obligación hacia el o la menor de “proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo.”²²

Lo anterior está acorde a lo dicho por la Procuraduría General de la República, la Sala Segunda de

20 María del Carmen Vásquez Castillo, “La guarda y custodia compartida como un mecanismo alternativo para el ejercicio conjunto de las atribuciones propias de la responsabilidad parental” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2018), 33.

21 Tribunal de Familia, “Proceso declaratoria de paternidad: voto 1445-02; 24 de octubre, 2002 a las 8:20 horas”, Expediente: 01-400200-464FA, Considerando Quinto, párr. 11.

22 María del Carmen Vásquez Castillo, “La guarda y custodia compartida como un mecanismo alternativo para el ejercicio conjunto de las atribuciones propias de la responsabilidad parental” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2018), 33.

Corte Suprema de Justicia y por el Tribunal de Familia, quienes han esclarecido los aspectos personales que engloba la autoridad parental:

“Contenido personal: abarca el poder-deber de cuidar al menor, velar por su integridad física y psíquica (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para la vida (educación)”²³ .

No obstante, la responsabilidad parental, tal y como se indicó anteriormente, no se limita de forma exclusiva al aspecto personal, sino que, tal y como se puede observar del artículo 140 del Código de Familia, contiene dos aspectos más: el aspecto patrimonial y el aspecto de representación, mismos que serán mencionados de forma breve, en el tanto no se relacionan de forma directa con la presente investigación.

2. Aspecto patrimonial: Se entiende como el poder que tendrán las personas progenitoras del menor de edad de administrar los bienes de este, no obstante, dicho poder siempre está supeditado al bienestar del menor, por lo que no puede entenderse como una disposición completa y antojadiza del patrimonio de la persona menor de edad.

“...la autoridad parental comprende también la potestad de administración de los bienes del hijo menor de edad (art. 140 y 145), lo que tiene excepciones y limitaciones. En algunos casos se requiere nombrar un administrador especial (art. 145, 148, 150, 154, 157) o se tiene que rendir una caución (art. 149, 154, 157) y en algunos otros el propio menor puede administrar sus propios bienes (art. 145). Para enajenar o gravar o en general disponer de los bienes del menor, el padre requiere de una autorización judicial (art. 147). De su gestión debe rendir cuenta general al hijo en su mayoría, o a la persona que lo remplace en la administración”²⁴ .

3. Representación: El último aspecto que engloba la responsabilidad parental es la representación, mismo que se traduce en la capacidad que tienen los padres o las madres de actuar en nombre del o la menor, dado que, en principio, según artículo 38 del Código Civil, los mismos tienen capacidad

²³ Procuraduría General de la República, “Informe de la Procuraduría General de la República: presentado el 29 de enero de 2010”, expediente 10-001493-0007-CO, Considerando B, párr. 11.

²⁴ Ídem, Considerando B, párr. 12.

de actuar limitada, por ello, los padres o las madres, siempre y cuando no estén en conflicto con los intereses del menor, representarán y actuarán en nombre de él o de ella.

“...dado que el menor, en principio, no tiene capacidad de actuar, requiere de ser representado y la ley asigna normalmente esa representación a los padres. Si existe un opuesto interés debe nombrarse un curador especial al hijo (art. 140 in fine), lo que debe hacerse cuando existe incapacidad (art. 162). No obstante, en algunos casos existe capacidad limitada de los menores”. (Art. 86 y 108 inc. a C.

25
Niñez)” .

Así, la responsabilidad parental se constituye como el conjunto de facultades, derechos, obligaciones y deberes que existen en la relación de los padres o las madres con sus hijos o hijas, específicamente al conjunto de aspectos anteriormente desarrollados. El Tribunal de Familia delimitó la relación anteriormente expuesta, entre filiación y responsabilidad parental, desglosando y analizando los derechos ya mencionados:

“El carácter de progenitor impone deberes biológicos, morales y jurídicos que deben ser cumplidos durante toda la minoría de edad de los hijos. Constituye un conjunto de poderes-deberes por parte de la madre y del padre mediante los cuales se ejerce la guarda, crianza, educación, administración de bienes y representación tanto judicial como extrajudicial. Por tratarse de un cúmulo de poderes-deberes que en principio derivan de la filiación, deben ser ejercidos en forma constante, diligente y oportuna e incluso, por encima del interés subjetivo del titular. Todo esto implica que la autoridad parental es una institución básica del ordenamiento jurídico familiar, es de orden público y siempre debe ser ejercida en interés superior de la persona menor de edad. El contenido de dicha figura es muy complejo, pero su estudio puede analizarse desde el ámbito personal, patrimonial y lo referente a representación.

V. En el aspecto personal, debe ubicarse la guarda, crianza y educación del hijo o de la hija. Son atributos tan específicos e importantes que son precisamente estos los que van a marcar la formación de aquel. Así la guarda, se traduce como el poder y el correlativo deber de cuidar al hijo o a la hija, interesarse y ocuparse en forma constante por su integridad física y psíquica. La crianza, consiste en

25 Ídem, Considerando B, párr. 13.

brindarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales – no suntuosas – para su adecuado desarrollo. Y, por último, la educación, la cual no se refiere sólo a los conocimientos formales sino al hecho de preparar al hijo o a la hija para la vida.

El contenido patrimonial se refiere a la potestad no irrestricta de administrar los bienes del hijo o de la hija menor de edad y, lo referente a la representación se entiende, por cuanto es a los padres o a las madres a quienes corresponde velar por el interés superior de los hijos o de las hijas dada la falta de capacidad de actuar de estos o estas.

VI. Como puede observarse, el hecho de que una persona progenitora ostente la responsabilidad parental le otorga intervención directa en la formación del hijo o de la hija y por ello, para que judicialmente sea privado de tal conjunto de poderes-deberes, es porque no es una persona que en términos jurídicos sea

confiable para el ejercicio diligente de tales atributos”²⁶

Tal y como se ha venido explicando, la filiación genera un cúmulo de deberes hacia la persona menor de edad, específicamente, hace nacer la figura de responsabilidad parental, misma, tal y como se expuso supra, se ejercerá, por regla general, conjuntamente entre ambos progenitores, no obstante, al existir condiciones que impidan la continuidad del núcleo familiar, específicamente la convivencia entre los padres y la persona menor de edad, dicho ejercicio puede separarse, y reasignarse a una o ambas personas progenitoras, ello, dependiendo de la situación familiar concreta.

Efectivamente, el derecho de guarda, como parte de la responsabilidad parental, se ejerce de forma continua y conjunta si el o la menor de edad cohabita con ambas personas progenitoras, pero cuando estos se separan, el derecho de guarda también lo hace, debiendo el juez o la jueza o por acuerdo de partes, determinar a quién le corresponderá el mismo.

Artículo 56.- Al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquéllos²⁷.

26 Tribunal de Familia, “Proceso Declaratoria de paternidad: voto 1445-02; 24 de octubre, 2002 a las 8:20 horas”, Expediente: 01-400200-464FA, Considerando Cuarto, quinto, sexto párr. 9 al 11. (<https://vlex.co.cr/vid/-502849206>)

27 Poder Legislativo, “Código de Familia Ley N° 5476”; 05 de agosto, 1974”, Sinalévi: Art 54, consultado 14 de enero, 2019, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValo

Artículo 152.- En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos. Queda a salvo lo dispuesto para el divorcio y la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos. Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo por vía incidental, a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de

28
circunstancias .

Así, el ordenamiento jurídico anticipa la posibilidad de que las personas titulares de la responsabilidad parental lleguen a separarse o no convivan conjuntamente, y, por lo tanto, se imposibilite el ejercicio conjunto de todos los derechos y deberes que conlleva la misma, especialmente se genera una dificultad material de ejercer el derecho de guarda de manera conjunta, en el tanto, dicho derecho incluye la cohabitación entre los padres, las madres y la persona el menor de edad.

Tal y como se explicó supra, el derecho de guarda se ejerce de forma conjunta por los padres o las madres de la persona menor de edad e implica el deber de los padres o las madres de convivir con el o la menor, como también, el derecho y deber del menor de convivir con ellos, y en correspondencia de lo anterior, el derecho y obligación de resguardarle física y psíquicamente mientras se realiza dicha convivencia. No obstante, cuando la convivencia de las personas progenitoras se imposibilita, cualquiera que sea la razón, el ejercicio deja de practicarse de forma conjunta y se reasigna dicha guarda a solo una de las personas progenitoras, siendo lo anterior producto de la imposibilidad material de convivencia entre los padres, las madres e hijo o hijas, así como, de la inestabilidad emocional que podría significar el ejercicio conjunto de dicho derecho para el o la menor de edad.

Así, una vez ocurrida la separación física y residencial entre los padres o las madres de la persona

r1=1&nValor2=970
28 Idem, art 152.

menor de edad se debe determinar cuál de los dos personas progenitoras mantendrá el derecho de guarda sobre la persona menor de edad, mostrando la legislación costarricense, dos diferenciaciones esenciales en cuanto al proceder en la asignación del derecho de guarda: por un lado, regula la reasignación en casos de que haya existido una convivencia entre los padres, las madres e hijos o hijas y por otro lado regula cuando no haya existido la misma.

En cuanto al primer supuesto, cuando existió cohabitación entre padres, madres e hijos o hijas, y se produjo el rompimiento, se podrá observar en los artículos 151 y 157 del Código de Familia, donde se establece el deber por parte del Tribunal de Familia, de resolver sobre los atributos de la responsabilidad parental, y específicamente, determinar con cuál de las dos personas progenitoras de la persona menor de edad mantendrá la convivencia.

Artículo 151.- (Ejercicio conjunto, casos de conflicto, administración de bienes del hijo). El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos, el Tribunal decidirá oportunamente, aun sin las formalidades del proceso, y sin necesidad de que las partes acudan con un profesional de derecho. El tribunal deberá resolver tomando en cuenta el interés del menor. La administración de los bienes del hijo corresponde a aquél que se designe de común acuerdo o por disposición del Tribunal .

Artículo 157.- Lo dispuesto en el artículo 138 (*) se aplicará cuando la madre de un hijo nacido fuera del matrimonio ejerciere la autoridad paterna conjuntamente con el padre; y lo dispuesto en el artículo 141 (*) a la madre de un hijo nacido fuera del matrimonio, cuando ella contrajere nupcias. (Así corrida su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo artículo 144 al 157) (*) (Actualmente artículos 151 y 154, respectivamente)

El segundo supuesto que establece la legislación de familia, se presenta en la filiación extramatrimonial, específicamente, en los casos donde la persona menor de edad no haya convivido con su padre biológico y donde el reconocimiento del hijo o de la hija extramatrimonial no haya

29 Idem, art 151.

30 Idem, art 157.

sido de común acuerdo o con aceptación de la madre. Este supuesto ha sido desarrollado desde la interpretación del artículo 155 del Código de Familia, donde le otorga de forma exclusiva la autoridad parental a la madre del menor siempre y cuando no haya reconocimiento filial, o existiendo el mismo, no haya sido aprobado por la madre o un juez o jueza.

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 madre. (Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976) (Interpretado por resolución de la Sala Constitucional N° 1975-94 de las 15:39 horas del 26/04/1994, que fue adicionada por resolución de la misma Sala No.3277-00 de las 17:18 horas del 15 de abril de 2000. La interpretación se realizó en el siguiente sentido: "Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula el párrafo segundo del artículo 142 del código de familia, excepto en los casos en que el reconocimiento del hijo extramatrimonial no haya sido de común acuerdo o con aceptación de la madre. Asimismo, se declara que el párrafo primero del citado artículo es constitucional siempre que se interprete en armonía con lo aquí resuelto para el párrafo segundo.")

31

Es importante señalar, en cuanto al segundo supuesto, que el Poder Legislativo y el juez o la jueza constitucional intentaron proteger a la persona menor de edad, ello al limitar los atributos de la responsabilidad parental de un padre biológico cuyo contacto con él o la menor ha sido inexistente; y así ha quedado evidenciado en la sentencia 12019-2006, donde la Magistrada Calzada y el Magistrado Cruz, explican la importancia de condicionar el otorgamiento de los atributos personales de la responsabilidad parental en los casos donde no haya existido una convivencia entre el padre biológico y la persona menor de edad:

“Ciertamente los derechos del padre a practicarse la prueba de ADN constituye parte del ejercicio del debido proceso, en razón del régimen de responsabilidad que implica la paternidad, **sin embargo, la norma en cuestión lo que tutela en este caso es al menor, pues en principio resulta difícil pensar en otorgar todos**

31 Ídem, art 155.

los atributos que implica la patria potestad en forma directa al progenitor que por una u otra razón no ha tenido relación con el menor, o peor aún, con quien no ha establecido un lazo afectivo o de responsabilidad hacia él o ella. Esa precaución, es precisamente la que se debe tener en atención al interés superior del menor y por ello resulta razonable que la posibilidad de ejercer la patria potestad sea previamente declarada por un Tribunal, una vez que valore las condiciones por las cuales esa persona no asumió la paternidad desde un inicio y su vínculo respecto al menor. Nótese que no se le está negando el derecho a ese padre de familia, sino que se está sujetando el ejercicio del mismo a una condición, en virtud de que la situación por la cual asumió la paternidad así lo amerita. A diversas situaciones, no se les puede dar igualdad de

32
trato.” .

Dicha bifurcación, entre el tratamiento de las personas que mantenían una convivencia con la persona menor de edad y quiénes no mantenían dicha convivencia, se presenta armónica con el principio de irrenunciabilidad de la autoridad parental, en el tanto, lo que se genera es una solución para que el o la menor de edad mantenga una habitación, un cuidado y una atención constante, sin generarle en su vida cotidiana un mayor deterioro de las condiciones ya cambiadas, puntualmente en el primer supuesto con la separación residencial y convivencial de los padres y en el segundo supuesto limitando que la cohabitación se ejerza con una persona con la que nunca ha convivido la persona menor de edad.

Artículo 141.- Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se

33
refiera a la guarda, crianza y educación de los hijos .

De esta manera la determinación de quien ostente el derecho de guarda no violenta el principio de irrenunciabilidad y unidad de la autoridad parental, sino que, refleja que la separación vivencial genera la imposibilidad o dificultad de que ciertos atributos de la autoridad parental puedan ejercerse de forma conjunto, siendo dicha realidad la que justifica la posibilidad de modificar los aspectos personales de la autoridad parental.

32 Sala Constitucional, “Acción de inconstitucionalidad: voto 12019-2006; 16 de agosto, 2006 a las 16:32 horas”, Expediente: 05-012129-0007-CO, Voto salvado párr. 1-4.

33 Ídem, art 141.

Nótese que lo anterior no es exclusivo de los aspectos personales de la autoridad parental, sino que, la modificación también puede darse sobre los aspectos patrimoniales y de representación cuando así lo decida la autoridad judicial competente; no obstante, la diferencia de estos en relación a los aspectos personales, yace en que los últimos pueden ser objeto de modificación según voluntad de las partes, mientras que los primeros deben tener una decisión de la autoridad judicial competente.

Ahora bien, dada la imposibilidad o dificultad material de que la persona menor de edad cohabite con ambas personas progenitoras, y por lo tanto, de que se pueda ejercer eficientemente el derecho de guarda de forma conjunta, surge la interrogante sobre cómo mantener la vinculación de la persona progenitora y su familia con el o la menor de edad, siendo la figura de la interrelación familiar la que da solución a dicha interrogante, en el tanto, es por medio de dicho instituto que se asegura al progenitor, que no ostenta el derecho de guarda, la relación con la persona menor de edad.

Así, la doctrina ha desarrollado la interrelación familiar como un mecanismo idóneo mediante el cual se posibilita a la persona progenitora y a su familia la relación continua con la persona menor de edad, facultando de esta manera la comunicación y el contacto permanente entre el menor de edad y sus progenitores y ayudando al desarrollo físico, emocional y afectivo de este último.

Dentro de los autores que han intentado desarrollar el concepto se puede mencionar a Pedro Andrés Mejías Salas (2013) quien define la interrelación familiar como:

“El derecho que tienen los padres que no gozan de la patria potestad, de poder visitar a sus hijos conforme al tiempo determinado en una resolución judicial mediante sentencia o en el Acta de la Audiencia de Conciliación Judicial. Es también un derecho para los padres a quienes no se les otorgó la tenencia o decidieron unilateralmente ceder la tenencia al otro cónyuge o conviviente, ya que de acuerdo a ley a quien no se conceda la tenencia se le otorgará un régimen de visitas. Visto desde el derecho del menor, es un derecho de los niños y adolescentes el de relacionarse con su padre o madre con quien no convive”³⁴

Tal y como se señaló supra, la definición anteriormente esbozada erra en decir que le corresponderá

34 Citado por María Betzabé Alvarado Sanabria & Sofía Céspedes Oviedo, “Los puntos de encuentro familiar, como alternativa para la correcta ejecución de las sentencias judiciales en los procesos de régimen de interrelación familiar supervisado” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016), 18.

el derecho de interrelación familiar a aquel que no ostente la patria potestad, ya que como se ha señalado, lo correcto es decir que le podrá corresponder dicho derecho a la persona progenitora que no se le haya asignado el derecho de guarda y no exista suspensión alguna que limite la posibilidad de interrelacionarse con la persona menor de edad, no obstante, es rescatable dicha cita, en el tanto, logra resaltar, por un lado, que el régimen es un derecho de la persona menor de edad de convivir con quién no ostenta el derecho de guarda, y por otro lado, al señalar que una de las formas de otorgamiento de dicho derecho es por medio de un proceso judicial.

Bermúdez Chacón (2006) da otra definición al régimen de interrelación familiar, identificando al mismo como el “...proceso que se da en virtud de que el vínculo matrimonial se rompe y se establece un horario para que el padre o la madre, según corresponda, pueda compartir con su hijo,

hija o hijos o hijas en miras de fortalecer las relaciones paterno filiales”³⁵. Sin embargo, dicha definición es poco precisa, en el tanto, el régimen no se limita a hijos nacidos ni a las hijas nacidas dentro del vínculo matrimonial, sino que, tal y como ya se señaló, dicho régimen opera en favor de cualquier persona menor de edad, sea este, producto de una filiación matrimonial o extramatrimonial. No obstante, dicha autora señala muy bien que dicho régimen puede proveer un horario para que la persona progenitora, que no ostenta el derecho de guarda, pueda convivir con la persona menor de edad y de esta manera pueda mantener y fortalecer las relaciones paterno filiales.

Es importante señalar que el establecimiento de un horario es una posibilidad, en el tanto, el régimen de interrelación puede ser cerrado o abierto, considerándose el primero como el régimen mediante el cual una autoridad judicial o jurisdiccional establece un horario definitivo en donde la persona progenitora, que no ostenta el derecho de guarda, puede visitar e interactuar con la persona menor de edad, mientras que el régimen abierto se da de común acuerdo entre las partes, sin establecer un horario rígido, por lo que serán las personas progenitoras quienes decidan qué días y qué horas podrá la persona menor de edad compartir con el progenitor o la progenitora que no ostente el derecho de guarda y la familia de este.

Como especie, dentro del régimen de interrelación cerrado, se encuentra el régimen de interrelación familiar supervisado, mismo que establece un horario definido donde la persona menor de edad puede convivir con sus progenitores o sus progenitoras, o con solo uno de ellos, y con una persona profesional, siendo dicho espacio donde se intenta facilitar la comunicación, el acercamiento e

35

Seidy Bermúdez Chacón, “Violación de los derechos de las partes implicadas en el proceso de fijación de un régimen de visitas” (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad Metropolitana Castro Carazo, 2006), 49.

integración entre los y las participantes, todo ello a través de técnicas desarrolladas por la profesional antes mencionada.

Dicho régimen supervisado puede ser solicitado por la parte interesada o puede ser solicitado por la autoridad judicial o jurisdiccional respectiva, quien, previendo las condiciones propias del caso, solicitará, aprobará o denegará la solicitud.

“El Régimen de visitas supervisado o Régimen de Interrelación Familiar Supervisado (RIFS), es uno de los procesos que, tanto los profesionales como las profesionales en Trabajo Social, desarrollamos en diferentes contextos de trabajo, cuando existe una dificultad en la interacción que se da entre las personas que integran el grupo familiar, especialmente con personas menores de edad, personas con discapacidad y personas adultas mayores.

En esta actividad el o la profesional en Trabajo Social tratan de mediar, en un contexto controlado, entre las personas cuyo contacto se ha distanciado por diferentes razones, con el objetivo de garantizar el derecho a la relación interfamiliar y cuidar a la persona que se encuentra en condición de

vulnerabilidad, a fin de que no sea expuesta a situaciones de riesgo”.

36

Así las cosas, el régimen de interrelación familiar se constituye como un sistema de comunicación que intenta facilitar y permitir la cercanía de la persona menor de edad con el padre o la madre, y la familia de este, que no ostente el derecho de guarda, presentándose dicho régimen de forma abierta o cerrada según sea la situación familiar particular, pero que en lo esencial se constituye como “...el medio a través del cual, los progenitores continúan manteniendo y profundizando la relación con sus vástagos, cuando no ostentan la guarda de los hijos, y por diferentes razones, se ha roto la relación de pareja”.

37

Este régimen presenta una doble dimensionalidad de protección, donde, por un lado, tutela el derecho de la persona menor de edad de relacionarse y comunicarse con su progenitor o su progenitora que no tiene el derecho de guarda y por otro lado le intenta asegurar el derecho a dicho

36

Roxana Mesén Fonseca, “La Interrelación Familiar Supervisada: Perspectiva del Trabajo Social Forense”, *Revista Costarricense de Trabajo Social*. Número 25 (Segundo Semestre 2013): p 32.

37

Tribunal de Familia, Proceso de régimen visitas, sentencia número 326-03 de las 08:15 del 05 de marzo del 2003

progenitor o a dicha progenitora de interactuar con su hijo o su hija. No obstante, se prioriza el primer el derecho sobre el segundo, es decir, en caso de conflicto de intereses entre la persona menor de edad y su progenitor o su progenitora, será el derecho de la persona menor el que prime sobre el del padre o de la madre, porque se constituye, principalmente, como un derecho de la persona menor de edad.

Por lo anterior, no es completamente exacta la definición de Quirós Montoya (2009), cuando desarrolla que el régimen de interrelación familiar se constituye como un "...derecho familiar subjetivo el cual reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él, así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una

facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral"³⁸, ya que, tal y como se expresó, el régimen es principalmente un derecho de la persona menor de edad y subsidiariamente un derecho del progenitor que no convive con este, en el tanto, la finalidad es proveer el adecuado desarrollo integral del menor, siendo la jurisprudencia la que ha delimitado esto último de mejor manera, al definir la finalidad de dicho instituto de la siguiente manera: "...régimen de interrelación familiar es un mecanismo jurídico que permite a los menores de edad, disfrutar de sus derechos de compartir con sus progenitores, incrementar la relación afectiva entre ambos, recibir afecto, cariño, dirección y amor suficientes para fortalecer su personalidad"³⁹.

Normativamente se ha sostenido dicha tesis a partir de la lectura del artículo 9 de Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 5 de la Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, como los artículos 35 y 36 del Código de la Niñez y Adolescencia, los cuales establecen el derecho de la persona menor de edad de mantener contacto con su círculo familiar y afectivo, y de que, en caso de negativa por parte del o de la menor de edad, la situación sea evaluada por el PANI y sean suspendidas dichas visitas por la autoridad judicial respectiva, siempre escuchando a la persona menor de edad implicada .

38

Marcia Quirós Montoya, "Régimen de Interrelación Familiar para Parientes no Incluidos en la Ley" (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad Latina de Costa Rica, 2009), 65.

39

Tribunal de Familia, Voto número 564-08 de las 11:45 del 26 de marzo del 2008, citado por María Betzabé Alvarado Sanabria & Sofía Céspedes Oviedo, "Los puntos de encuentro familiar, como alternativa para la correcta ejecución de las sentencias judiciales en los procesos de régimen de interrelación familiar supervisado" (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016), 21.

De esta manera, se evidencia la sistematicidad que ha pretendido tener el derecho de familia costarricense, donde, filiación, responsabilidad parental e interrelación familiar mantienen un vínculo directo, intentando procurar que la persona menor de edad tenga acceso a mecanismos jurídicos que le permitan tener certeza filiatoria, seguridad en cuanto a su guarda, crianza, educación, como también en su protección patrimonial como de representación; todo ello, con el fin de que pueda mantener una salud emocional adecuada, como también posibilite un desarrollo adecuado de su personalidad.

Capítulo II. Derecho de familia en una realidad globalizada:

Como se ha venido analizando, el derecho de familia costarricense ha tenido una evolución progresiva, la cual ha intentado adaptarse de forma constante a las relaciones sociales de cada época; señala Benavides (2007), que la misma ha respondido a las condiciones sociales que se han presentado en nuestro país. En un primer momento la materia de familia fue regida por las normas españolas, específicamente por las Leyes de las Indias y posteriormente el Código General de Carillo de 1842, mismos que tenían un corte ideológico patriarcal, congruente a su época, donde resaltaba la existencia y prevalencia de lo masculino como figura de autoridad y cabeza de familia, dejando a la mujer en condiciones de desigualdad, como también, dicha normativa, partía de divisiones entre los hijos e hijas habidos fuera y dentro del matrimonio; siendo la exclusión el canon para la constitución de dichas normativas.

“Como territorio perteneciente en su momento al Reino de España, las leyes que existieron fueron las españolas y las denominadas Leyes de Indias, las que se mantuvieron hasta 1842 año en que se emitió el Código General, que se ocupaba de regular entre muchas cosas, lo relativo al Derecho de Familia. Naturalmente se trataba de un derecho de orden patriarcal y de prevalencia masculina, y con muchas discriminaciones, entre ella a los denominados “hijos naturales, incestuosos y sacrílegos”, es decir a aquellos hijos habidos fuera del matrimonio, o entre parientes o hijos de religiosos”

40

La influencia de la codificación francesa, y especialmente de los valores liberales que promulgaba la misma, hace que el Código Civil de 1888 establezca normas de corte liberal en la materia de familia, posibilitando la creación de institutos como la investigación de paternidad, la distribución de bienes, y el divorcio vincular. Ahora bien, dicho cambio no fue radical, sino que se establecieron requisitos odiosos para su tramitación, pero, aun así, logra reflejar un cambio en la mentalidad de los juristas de la época.

“Ese régimen que tenía como presupuesto la plena capacidad jurídica de las mujeres y su igualdad, denota la temprana vocación de nuestros estudiosos por la materia del Derecho de Familia. No obstante, dicho Código mantenía

40

Diego Benavides Santos, “Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica”, *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, No. 4, (20107): 85, Consultado 10 de junio, 2018, https://www.poderjudicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N4/contenido/contenido.html

desigualdades que ahora se miran groseras como era la de que para el divorcio pedido en contra de la mujer se requería el adulterio, en cuanto al varón se requería el concubinato escandaloso. Igual la investigación de paternidad era muy

41
limitada ”

Estos avances reflejaban los cambios y desafíos sociales que estaba pasando país, donde, se intentaba dar respuesta efectiva a las nuevas visiones y valores de corte liberal, y donde la Iglesia Católica empezaba a perder control político. Así, con la promulgación de la Constitución Política de 1949 se logra un importante avance en cuanto a la validez y eficacia del principio de igualdad, en el tanto, el artículo 33 de dicho texto normativo, obligó al Estado a generar los mecanismos necesarios para el alcance de dicha igualdad, siendo los cambios realizados al Código Civil, en dicha época, el preludio a la introducción del Código de Familia, texto que logra de forma definitiva, plasmar positivamente, la igualdad entre los cónyuges, hombre y mujer, así como la igualdad entre los hijos, eliminando la odiosa diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, así el “...Código de Familia logró dentro de los cánones de dicha época de los setenta ajustar la normativa a los principios de igualdad de derechos de hombres y mujeres y de hijos habidos fuera del matrimonio con los habidos dentro de él”.⁴² Asimismo, se han creado normas que han venido a integrar el bloque del derecho de familia, como lo son: Las leyes de 1996, específicamente la Ley contra la Violencia Doméstica, la Ley de Pensiones Alimentarias, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, y de vital importancia, el Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado en 1998.

Tal y como se desprende, el derecho de familia ha intentado cubrir las necesidades sociales y específicamente la realidad social en que se desarrolla, siendo el mayor ejemplo de ello la posterior suscripción de normas de índole internacional, puntualmente, firmas y ratificaciones que ha realizado nuestro país para la armonización de sus regulaciones legales con los principios de derechos humanos; así, no es azaroso que en el año de 1989 se adopte la firma y ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño y años después se complemente con la creación del Código de la Niñez y la Adolescencia.

“Aparece notoria, sin embargo, la inflación normativa que se manifiesta en una

41

Ídem, 85-86

42

Diego Benavides Santos, “Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica”, *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, No. 4, (20107): 86, Consultado 10 de junio, 2018, https://www.poderjudicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N4/contenido/contenido.html

profusa red que cobija fuentes provenientes de marcos internos, convencionales, institucionales, constitucionales y de equivalente jerarquía a éstas pero de origen internacional. Un adecuado eslabonamiento de las reglas para facilitar su aplicación, es posible a través del diálogo articulado de las fuentes que encauza la interpretación⁴³ ”.

Aunado a la internacionalización de normas de derecho de familia, se han presentado cambios en las dinámicas sociales en el siglo XXI, mismas que buscan la tutela efectiva, ya sea a través de normas internas o externas, que den respuesta efectiva a los problemas que surgen en estas nuevas formas de interrelación familiar. Es en dicha coyuntura que el concepto de derecho de familia contemporáneo surge como una forma de interpretación del derecho, por medio de la cual se intenta incluir institutos familiares o interpretaciones novedosas que sean congruentes a un Estado social y democrático de derecho, y que por lo tanto respondan a principios de igualdad, y de derechos humanos.

Por lo anterior el derecho de familia contemporáneo se muestra como un intento de encontrar respuestas democráticas a problemáticas novedosas que la legislación familiar nacional, creada en el siglo pasado, ha sido incapaz de dar bajo parámetros de interpretaciones literales de la norma, sino que, por medio de criterios de interpretación extensiva ha dado constante respuesta y complementariedad a dicha disciplina. No es casual que el Dr. Diego Benavides, cite como fuente normativa del derecho de familia contemporáneo, las resoluciones de la Sala Constitucional, donde señala “...que en quince años de jurisprudencia constitucional vinculante, la misma se ha tornado en una importante fuente de Derecho de Familia costarricense⁴⁴ ” deviniendo así, la importancia que ha tenido el método interpretativo en los preceptos del derecho de familia, específicamente, para una Sala Constitucional que históricamente se ha presentado como un garante de los derechos constitucionales y fundamentales de la ciudadanía costarricense.

Aunado a lo anterior, el control de convencionalidad, desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha implicado la apertura del ordenamiento jurídico costarricense en materia de derechos humanos, ya que ha obligado a todos operadores de derecho

43

Adriana Dreyzin de Klor, *El derecho internacional de familia en la postmodernidad: Familia internacional, Sustracción internacional de niños, Subrogación materna y sus efectos internacionales*, (San José, Costa Rica: Jurídica Continental, 2012), 8.

44

Diego Benavides, *Derecho Familiar Tomo I*. (Costa Rica: JURITEXTO, 2010), p 24.

costarricense a resolver las controversias que tengan en su conocimiento en armonía con dichas normas internacionales de derechos humanos. Así, la finalidad de dicho control radica en que “...las normas de la Convención o cualquier otro tratado “no se vean mermadas” por normas o disposiciones internas contrarias a su tenor, objeto y fin.”⁴⁵

Asimismo, la misma jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos deben ser ejecutadas por todos los operadores y operadoras de derecho, ello sin importar si son órganos jurisdiccionales o judiciales:

“A partir de los casos “Cabrera García y Montiel Flores c/. México” y “Gelman c/. Uruguay” queda, entonces, dilucidado que “todos los órganos” del Estado, ya no solo los de carácter jurisdiccional deben ejercer el control de convencionalidad, lo que implica que todos los poderes públicos deben hacerlo, en tanto operadores del Derecho”.⁴⁶

En el derecho costarricense dicho control de convencionalidad es mucho más influyente, en el tanto, a partir de la lectura del artículo 1 y artículo 2 inciso B de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, deviene obligatoria la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos por parte de los operadores y de las operadoras de derecho.

Así las cosas, Costa Rica optó por un sistema de respeto a los tratados internacionales de derechos humanos, donde obligan a los operadores y a las operadoras en derecho a aplicar las normas que se desprenden de los tratados internacionales, siendo dicho criterio reforzado por la misma jurisprudencia de la Sala Constitucional, cuyos efectos, según el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, son de aplicación *erga omnes* salvo para sí misma.

“Como lo ha indicado Ferrer Mac-Gregor, la “constitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, particularmente, del parámetro de convencionalidad, así como reconocerle un rango, eventualmente,

45

Mac-Gregor Ferrer (Coordinador). *El Control Difuso de Convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. (México: Editorial: Ed. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C., 2012) p 9.

46

Ídem, 8.

supraconstitucional depende de reformas o modificaciones constitucionales expresas (v. gr., en cuanto al parámetro de convencionalidad como parte del bloque de constitucionalidad: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y, recientemente, en 2010 y 2011, República Dominicana y México y en lo relativo al rango supraconstitucional del referido parámetro: Bolivia y Ecuador) o de una jurisprudencia constitucional progresista que reconozca el carácter vinculante e, incluso, supra constitucional, de la jurisprudencia y opiniones consultivas vertidas por la Corte Interamericana¹⁰, tal y como lo hizo, de manera pionera la Sala Constitucional de Costa Rica desde los Votos 1147-90, 3435-1992 y 2313-1995” [...] Es así como en tales sistemas o modelos de control de constitucionalidad, ningún poder público constituido o sujeto de Derecho privado podrá sustraerse, en adelante, al control de convencionalidad ejercido por el respectivo Tribunal o Sala, por cuanto, sus sentencias forman parte del parámetro o bloque de constitucionalidad”⁴⁷ .

Esta coyuntura jurídica facilita la apertura del derecho de familia costarricense a las nuevas dinámicas sociales internacionales, en el tanto, flexibiliza las normas del Código de Familia actual y le introduce a dicha rama normas ajenas a dicho texto normativo, a saber, los tratados internacionales; siendo de importancia para la presente investigación, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Convención de Uruguay o Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio 28 de la Haya o Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

De esta manera, en la sección A y B del presente capítulo se desarrollará los presupuestos y aportes de la Convención sobre los Derechos de los Niños y de las Niñas en relación al régimen de interrelación familiar ya expuesto en el capítulo primero, para posteriormente desarrollar, en la sección C, la importancia de que reviste la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en la actualidad.

47

Ídem, 11-12.

Sección A. Bien superior del menor como criterio para otorgamiento del régimen de interrelación familiar:

Tal y como quedó plasmado en la sección B del capítulo primero, el régimen de interrelación familiar es un derecho que posee la persona menor de edad, cuyo ejercicio pretende que dicho sujeto pueda convivir con el progenitor o la progenitora, que no ostenta el derecho de guarda y su familia.

Ahora bien, dicha afirmación se desprende del principio del bienestar superior de la persona menor, mismo que se ha construido históricamente, jurídicamente y políticamente, desde una atmosfera internacional, dando una preponderancia a la protección de los niños y las niñas, al encontrarse en un estado de vulnerabilidad.

De esta manera, diversos teóricos del derecho de familia, coinciden en la importancia que tiene el derecho internacional público, específicamente el surgimiento de los derechos humanos, como motor y fuente normativa para la construcción de cánones jurídicos que protejan a las personas menores de edad. Concretamente, en el derecho de familia, Gerardo Trejos, Diego Benavides, Rolando Soto, Adriana Dreyzin Klor, así como la Sala Segunda y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, han señalado la gran influencia del derecho internacional en nuestra legislación familiar, misma influencia que abarca todos los ámbitos, considerados, de naturaleza familiar: divorcios, pensiones alimentarias, filiación, interrelaciones familiares, atributos de la autoridad parental, y con mayor detalle, para la presente investigación, los derechos de las personas menores de edad.

Tal y como se expuso, es posterior a la Segunda Guerra Mundial que se posicionó la discusión sobre los derechos intrínsecos del ser humano, y dentro de dicho campo de discusión se desarrolló de forma conjunta, la teorización del papel del menor o de la menor de edad en la sociedad y específicamente en los procesos judiciales.

“Paralelamente a esta transformación jurídica, en la cual los derechos humanos van marcando la pauta de los ordenamientos jurídicos en general, se fue dando también un cambio de visión sobre las personas menores de edad, quienes no eran vistas como titulares de derechos fundamentales, sino que simplemente se les trataba como seres sin capacidad propia. De ahí, que se cambia la concepción de estas y se les ve como sujetos independientes y dignos de ostentar derechos

humanos fundamentales. Dicho de otra forma, las personas menores de edad pasaron de ser objeto de amparo a sujetos de protección” (Grosman citada por Bersi, 2007: 2).

48

Como se puede observar, la visión sobre los derechos de la persona menor de edad empieza a ponerse en discusión, generando un enfoque progresivo donde dicha persona es sujeto activo de derecho y cuya visión y postura debe ser tomada en cuenta en los procesos judiciales donde se discuta sobre él o ella.

Este cambio de postura significó una reconceptualización tanto a nivel de derecho sustancial como de derecho procesal. Por un lado, la persona menor pasa a ser sujeto de derecho con garantías sustantivas que velen por sus derechos y que se verán representadas bajo el principio del bienestar superior del o de la menor; y, por otro lado, generó un cambio a nivel procesal, donde el o la menor de edad dejó de ser objeto del proceso para ser una persona activa del proceso, donde su opinión se considera vital en la resolución de conflictos donde medie la discusión de sus derechos.

Dicho cambio se ve reflejado con la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, lo cual significó la construcción de un instrumento internacional con rasgos coercitivos para los Estado firmantes, exigiendo el respeto a los principios que se exponen en dicha carta de derechos humanos.

Ahora bien, es necesario dejar claro que la creación del Convenio sobre los Derechos del Niño fue producto de una construcción progresiva, misma que se ve reflejada en diversas declaraciones previas a la creación de la Convención. Específicamente, desde 1919 con la Sociedad de Naciones y la Organización Internacional del Trabajo, se empezó a cuestionar determinados derechos que debían de tener todos los menores y las menores de edad. Estas garantías, propias de la naturaleza jurídica de la Organización Internacional del Trabajo, fueron de índole laboral, estableciendo cánones mínimos para los trabajos diurnos y nocturnos de las personas menores de edad:

“...este organismo ese mismo año [1919] aprobó una convención estableciendo la edad mínima de admisión a la industria, y luego seguiría una sobre el trabajo

48

Rolando Soto Castro, *La Opinión de las Personas Menores de edad como Garantía Procesal y Derecho Fundamental*, de Derecho de Familia, Costa Rica: Escuela del Poder Judicial Lic. Edgar Cervantes Villalta, 2011, p 133.

nocturno y el trabajo marítimo de los niños” .

Dichas garantías en pro del mejoramiento del o de la menor fueron incrementando exponencialmente, y tal y como señala Benavides (235: 2010), se extendieron a ámbitos más genéricos de la vivencia de la persona menor de edad, como lo fue la declaración de 1924 o Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños, texto donde se puntualizaron los derechos a un desarrollo tanto espiritual como material del o de la menor, como lo fue el derecho a la salud y a los alimentos de todas las personas menores de edad sin importar sus particularidades (menores con discapacidades mentales especiales, huérfanas), así como también se puntualizó el principio de prioridad en auxilio, el principio de prohibición a la explotación, entre otras protecciones.

Ahora bien, dicha declaración si bien reunió diversas garantías en pro de los derechos del o de la menor, la misma carecía de coercitividad jurídica ante los Estados, lo que provocó que la eficacia de dichos mandatos y axiomas quedaran a entera voluntad de los Estados.

Es posterior a la Segunda Guerra Mundial que se empiezan a generar espacios para el alcance verdadero de la eficacia de dichos derechos, creándose la UNICEF, y dos años después, en 1948 específicamente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, quien en su ordinal 25 párrafo segundo prioriza la protección de las personas menores de edad.

Artículo 25

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a

50

igual protección social .

De esta manera se desarrolla de forma germinal, las bases de la igualdad en cuanto a filiación, así como las bases de la obligación por parte de los del Estados por velar el correcto desarrollo y protección de las personas menores de edad. Así se allana el camino para la ampliación de los principios y por lo tanto de los derechos que deben de tener las personas menores de edad en cuanto a acceso a una calidad de vida, provocando que se amplíen los axiomas establecidos en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños, por medio de la Declaración de 1959 o

49

Diego Benavides, *Derecho Familiar Tomo I* (Costa Rica: Juritexto, 2010), p 234 y 235.

50

Artículo 25. Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración de los Derechos del niño, misma que propone la defensa de los intereses de la persona menor de edad por medio de diez principios fundamentales:

- “1. A no ser discriminado.
2. Oportunidad para poder desarrollarse en todos los sentidos.
3. Nombre y nacionalidad.
4. Seguridad social, desarrollo, salud, alimentación.
5. Niño impedido.
6. Ambiente de afecto y seguridad.
7. Educación.
8. Protección.
9. Abandono.
10. A ser protegido contra la discriminación”⁵¹ .

El decálogo de principios protectores a las personas menores de edad tomará eficacia con la creación de la Convención de los Derechos del Niño y la Niña, pero su importancia radica en que plasmaba de forma amplia el horizonte a trabajar: resguardar la seguridad de las personas menores de edad, donde se estipulaba una lista ejemplificativa de mínimos que debía de proveérsele a los menores de edad.

En ese contexto es que surge la Convención sobre los Derechos del Niño en el año de 1989, misma, que es ratificada por Costa Rica el 12 de junio de 1990. La Convención no solo fortaleció los principios protectores de las personas menores de edad, ya desarrollados hasta ese momento, sino que hizo un cambio en la perspectiva en que se abordaban los temas en donde se iba a tener incidencia directa en la vida de un menor de edad, posicionándole en el centro del proceso, y haciendo que todo proceso judicial o jurisdiccional fuera un medio para satisfacer un fin: la protección del niño o de la niña.

Cómo se puede observar, los derechos del niño o de la niña y el posterior desarrollo del interés superior de ellos, se ha desarrollado de forma progresiva, donde se ha intentado adecuar la normativa existente a las necesidades de estas personas y es dicha coyuntura el antecedente directo de las convenciones a analizar, a saber: La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional

51

Diego Benavides, *Derecho Familiar Tomo I* (Costa Rica: Juritexto, 2010), p 236.

de Menores, mismos que pretenden dar una solidez a los principios hasta ese momento positivizados, pero en una realidad contemporánea, donde la movilidad del o de la menor fuera de las fronteras se ha potencializado.

“Así, se ha reiterado hasta el cansancio la importancia que reviste en la dinámica jurídica contemporánea, el incremento de los medios de comunicación internacional, el desarrollo de la informática, así como una paralela flexibilización de las fronteras nacionales y la incidencia de variables políticas, sociales, culturales y económicas, en tanto factores que contribuyen por un lado, a dinamizar los desplazamientos transnacionales y por otro, a acceder al conocimiento de datos con efectos inmediatos en las personas y las sociedades”⁵²

De esta manera, la mayoría teóricos del derecho de familia, parecen coincidir en los constantes y progresivos cambios de esta rama del derecho, mismos cambios, que se manifiestan en una realidad social internacional, y que buscan tutelar y resguardar las nuevas relaciones surgentes en un mundo globalizado, y por ello, se genera la necesidad de crear mecanismos, ya sea normativos o jurisprudenciales que den respuesta efectiva a dichas dinámicas, siempre teniendo en cuenta los derechos del o de la menor de edad.

Ahora bien, la construcción de institutos del derecho de familia, dentro de un marco de derecho internacional, y especialmente dentro de una realidad transnacional permiten visibilizar las problemáticas que surgen por las nuevas dinámicas sociales, así como facilita la discusión sobre conceptos claramente delimitados, para que así, el operador y la operadora del derecho posean las herramientas suficientes al resolver una discusión sobre guarda o de interrelación familiar con elementos de extranjería.

El principio del interés superior de la persona menor de edad es un ejemplo de la conceptualización internacional mencionada supra, donde, a través de un texto internacional como la Convención Sobre los Derechos del Niño, se generó una norma o regla rectora para la resolución de controversias donde se discutan derechos de las personas menores de edad y, por lo tanto, debiendo de respetársele, como mínimo, los diez principios antes mencionados.

52

Adriana Klor Dreyzin, “Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial”, *Revista Jurídica Agenda Internacional*, No. 30, (2012): 3 consultado 2 de marzo, 2018, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/6265/6307>

Así, el principio del interés superior de la persona menor de edad se transforma en una regla de acatamiento obligatorio por parte de las autoridades judiciales y jurisdiccionales de los Estados que hayan firmado la Convención Sobre los Derechos del Niño, y se vuelve especialmente importante en los procesos donde se discute la responsabilidad parental, y la interrelación familiar, en el tanto, en dichos procesos se determinará, entre otras cosas, sobre la residencia habitual que tendrá la persona menor de edad, es decir, sobre el derecho de guarda.

Tal y cómo se explicó anteriormente, el derecho de guarda podría ejercerse de forma conjunta, no obstante, dicha posibilidad ha generado controversias entre los titulares y las titulares del derecho, como también ha provocado un daño a la persona menor de edad, ya que la inestabilidad de mantenerse en un hogar de forma habitual podría agravar la asimilación del rompimiento del núcleo familiar, siendo lo más recomendable, delegar a un progenitor o a una progenitora el derecho de guarda, y no así a ambos.

“La experiencia y los estudios hechos en este campo, enfatizan lo perjudicial para la salud síquica de los niños, alternar los hogares en los cuales deben estar y recibir la parte medular de su formación, y por eso recomiendan que caso de disfunción de la pareja, se fije uno de los domicilios de ellos para que permanezcan los hijos menores, sin perjuicio de la interrelación que han de tener con el otro progenitor. Una decisión sobre el otorgamiento de la custodia de un menor al padre o a la madre, para el ejercicio de los atributos de guarda y crianza derivados de la patria potestad, encierra un análisis cuidadoso y un estudio previo; no debe ser una decisión ligera ni únicamente de naturaleza legal, sino con intervención de aspectos medulares que es sabido inciden positiva o negativamente en el desarrollo de la personalidad de un sujeto en proceso de crecimiento y de formación, y por esa razón la nueva doctrina de la protección integral domina el espectro socio-jurídico de los derechos de menores, con la asunción de dispositivos para asegurar a la niñez el cumplimiento de sus derechos (véanse el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y los arts. 5, 23 y

53

siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia” .

En igual sentido, el Tribunal de Familia ha puesto especial énfasis al principio del interés superior de la persona menor de edad para resolver sobre los atributos de la responsabilidad parental, donde

la voluntad de las partes puede ceder ante las necesidades y criterios de la persona menor de edad.

“En consecuencia se confiere la guarda, crianza y educación del joven Christopher a su señora madre. **Si bien es cierto se constata en autos que después de la separación de las partes ambos progenitores prácticamente compartieron la guarda del menor Christopher, pues se dividieron su custodia la misma cantidad de días de la semana. Pero es evidente que ello no dio buenos resultados, pues también se constató en autos que el joven Christopher presentó problemas de conducta y académico en su pre adolescencia.** Veamos: ese tipo de problemas no surge de un momento a otro sino que van emergiendo poco a poco, y se requiere de límites y controles para orientar al joven y evitar las consecuencias que en este caso vivió Christopher **No obstante, posteriormente se confirió la guarda a la madre y, el joven Christopher mejoró notablemente su conducta. Consideran los suscritos jueces que Christopher debe ser cuidado, guiado, orientado constantemente, tal como debe darse con todo adolescente. Y en este caso en particular está demostrado con la misma conducta de Christopher que requiere vivir bajo el techo de uno solo de sus progenitores aunque tenga un régimen de visitas amplio con el otro, pues de lo contrario podría aprovechar para volver a incurrir en una mala conducta, pues sin duda la falta de control en un joven le permite a actuar libremente porque sabe que nadie le va a estar vigilando su comportamiento.** El hecho de que Christopher viva al lado de uno de sus padres le proporciona la estabilidad material y emocional que toda persona menor de edad requiere para desarrollar el sentido de pertenencia que es tan importante para un adecuado desarrollo integral. El Tribunal considera que la mejor opción para asumir tal guarda es la madre del joven, sin que ello signifique que se descalifique al padre. Simplemente se tiene presente que la madre ha sabido poner control al joven Christopher, lo que sin duda repercutió en una mejor conducta, la que resulta indispensable para que enfrente mejor su formación académica y social. La decisión se toma teniendo como norte el Interés Superior de Christopher. **Si bien los padres alegan su derecho a ejercer dicha guarda, es un planteamiento meramente “adultista”, pero para este Tribunal es clara la preeminencia del Interés Superior de Christopher contemplado tanto en la Convención de Derechos del Niño como en el Código de Niñez y**

54

Adolescencia ”(subrayado no es del original).

Así las cosas, la definición de quién será titular de los atributos personales de la responsabilidad parental debe de ser analizados en consideración a las condiciones propias de la persona menor de edad y de sus progenitores, debiendo el juez o la jueza de familia, analizar los acuerdos tomados entre los padres o las madres del niño o de la niña, los argumentos y prueba aportada, y así ponderarlos para tomar una decisión sobre lo que más le conviene a la persona menor de edad.

Lo mismo sucede en cuanto a la decisión sobre el régimen de interrelación familia, donde el juez o la jueza debe de valorar si el acuerdo sobre el régimen es provechoso para la persona menor de edad, ya que, tal y como se dijo en la sección A, el régimen es un derecho de la persona menor de edad, y no así de sus padres, siendo necesario definir la viabilidad de otorgar o permitir un régimen abierto, cerrado, cerrado supervisado, o denegarlo completamente.

Este razonamiento encuentra sustento normativo internacional en los artículos 9 inciso 1 y 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en los artículos 13 y 20 del Convenio de la Haya, en los artículos 11 inciso b y artículo 25 del Convenio de Uruguay; así como en normativa nacional en los artículos 56 y 152 del Código de Familia, el artículo 3 inciso h de la Ley contra la Violencia Doméstica, artículos 5, 35 y 131 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Todos ellos, establecen la priorización de los intereses de la persona menor de edad, situándola en el centro de todos los procesos tendientes a la determinación, modificación o denegación de los atributos de la responsabilidad parental, y, por lo tanto, de un posible establecimiento un régimen de interrelación familiar.

Es necesario señalar que, de ninguna manera, el derecho de la persona menor de edad a que su deseo sea tomado en consideración para la asignación del derecho de guarda y de la interrelación familiar, sea determinante, sino que, dicho derecho, a ser escuchado, se circunscribe a las condiciones particulares del caso familiar, donde median diversas aristas que el juez o la jueza o el representante o la representante del Patronato Nacional de la Infancia debe de tomar en cuenta, por lo que, la voluntad de la persona menor de edad no es determinante para la asignación de los derechos antes mencionados, sino que, dicha decisión ha de ser analizada en conjunto a todas las condiciones del caso particular.

“El concepto de Interés Superior del menor es indeterminado y como lo indica el

Comité es un concepto complejo, flexible y adaptable caso por caso, por consiguiente el juez debe ajustarlo y definirlo de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño, teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales”⁵⁵ .

Así las cosas, la operadora jurídica o el operador jurídico que resolverá sobre cualquier tema que afecte a la persona menor de edad, tiene la obligación de escucharlo, pero la voluntad del o de la menor debe de circunscribirse a una realidad donde sus necesidades personales no se vean afectadas, por lo que, dicha voluntad, puede ceder ante posibles peligros que le conllevaría el seguir la decisión dicha persona menor de edad. Por ello, quien resuelva sobre el derecho de guarda o de interrelación familiar, ha de analizar tanto la voluntad de la persona menor de edad como las condiciones particulares del caso, para tomar una decisión que no afecte la integridad física y emocional de la persona menor de edad.

Lo anterior ha sido sostenido por el Tribunal de Familia, que ha establecido una lista ejemplificativa de circunstancias que ha de valorar el operador jurídico o la operadora jurídica para la asignación del derecho de guarda o de interrelación familiar, dentro de los que se puede mencionar: el aseguramiento de la seguridad de la persona menor de edad, el aseguramiento de la salud física y psicológica de la persona menor de edad, los peligros sociales y ambientales a los que se puede enfrentar la persona menor de edad, entre otros.

“El régimen de visitas es el medio a través del cual, los progenitores continúan manteniendo y profundizando la relación con sus vástagos, cuando no ostentan la guarda de los hijos, y por diferentes razones, se ha roto la relación de pareja...” (Tribunal de Familia voto número 326-03 de las ocho horas quince minutos del cinco de marzo del dos mil tres). También ha mencionado este Tribunal que: “... III. No podemos perder de vista, que el régimen de visitas, es la institución jurídica-familiar, a través de la cual se le confiere al solicitante la facultad de relacionarse, en la especie, con su hijo, pero que la modalidad del ejercicio de su derecho tiene límites, que no es absoluto y que comporta deberes y responsabilidad para con su menor hijo, a quien el régimen debe brindar mayores gratificaciones por encontrarse en pleno proceso de estructuración de

55

María del Carmen Vásquez Castillo, “La Guarda y Custodia compartida como un mecanismo Alternativo para el Ejercicio conjunto de las atribuciones propias de la responsabilidad parental” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2018), 44.

personalidad. Y debe el mismo establecerse con base en el interés superior del niño, principio rector de toda nuestra legislación familiar, entendido este como lo que más conviene al menor en el ejercicio de sus derechos (...) Sin embargo el régimen otorgado, es mucho más que eso, es una forma de compartir la guarda del menor, en detrimento de la estabilidad sico-emocional del chico, además que en cierto modo impide al solicitante laborar dentro de los horarios en que lo hacen la mayoría de los habitantes de este país, y generará mayores conflictos de los ya existentes entre los progenitores al eliminar los espacios recreacionales entre la madre y su hijo y por la constante interferencia del padre en la casa de la familia. También debe tenerse en consideración las condiciones de salud del niño, lo que amerita mayor control del entorno en que éste se desenvuelve y mayores consideraciones en cuanto a clima o ambiente. No se duda de que el padre, pueda brindarle cuidados y como adulto responsable está obligado a otorgárselos y así es su interés, porque expresamente lo ha manifestado, pero el menor, por su edad y razones de salud, también necesita un espacio y el descanso propio de su edad, a efecto de desarrollar como corresponde las actividades inherentes a sus necesidades vitales propias. Por ello lo propio, es un régimen que preservando la relación cimentada que ya existe con el progenitor pero que permita además, el compartir a la madre con el niño y los espacios propios de este, a efecto de lograr las mejores condiciones para la estructuración adecuada del proceso de desarrollo de su personalidad sin que el régimen se constituya para el niño en una carga emocional más....” (Voto 1558-02 dictado a las diez horas veinte minutos del trece de noviembre del dos mil dos).- Todos estos aspectos son importantes a efecto de analizar un caso concreto, que siempre tendrá sus circunstancias muy propias”⁵⁶ .

Una vez señalada la relación entre interrelación familiar, derecho de guarda e interés superior de la persona menor se propondrá, en la siguiente sección, otro aspecto que debe valorar la persona operadora jurídica para el otorgamiento o asignación del derecho de guarda y de interrelación familiar, a saber, la seguridad jurídica del o de la menor, en el tanto, mediante el respeto al principio de seguridad jurídica se podrá garantizar la estabilidad emocional de la persona menor de edad como se asegurará la eficacia de los derechos de guarda y de interrelación familiar.

56

Tribunal de Familia. “Proceso de Régimen de Visitas”: voto 322-06; 16 de marzo, 2006 de las 11:16 horas. Considerando Tercero. Ver también votos: 279-07, 365 -04, 1287-03 de Tribunal de Familia y 295- 03 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Sección B. La seguridad jurídica como parámetro a analizar para la aceptación de un régimen de interrelación familiar:

“...para el Derecho costarricense, la Seguridad Jurídica es un rasgo característico del Estado de Derecho, y aunque sus contornos formales no son nítidos, su significado central está asociado a la idea de suministrar certeza sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro”⁵⁷

Dentro del ordenamiento jurídico costarricense se encuentran dos principios de orden constitucional y supraconstitucional que garantizan a todos los ciudadanos el acceso y cumplimiento de la justicia, así como también permiten del desarrollando propio de un Estado social y democrático de derecho; a saber: el principio de seguridad jurídica y el principio de tutela judicial efectiva. El primero de los principios prende generar confianza a todos los ciudadanos o dichas ciudadanas sobre las reglas que rigen las relaciones sociales, teniendo de esta manera, dichos ciudadanos y dichas ciudadanas, la posibilidad de prever las repercusiones de sus actuaciones y de sus congéneres, así como la posibilidad conocer los mecanismos que den respuesta cuando existan violaciones a los derechos previamente conocidos.

“La seguridad jurídica es un principio constitucional que en su sentido genérico consiste en la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación: es la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, que sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentales expectativas de que ellas se cumplan [...] Puede ser considerada tanto en sentido subjetivo y objetivo, pero ambos están indisolublemente vinculados; en su sentido subjetivo es la convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social y en sentido objetivo se confunde con la existencia de un estado de

57

Tatiana Abarca Álvarez & Sendy Azofeifa Soto, “El principio de Seguridad Jurídica como necesidad para la eliminación de la adopción internacional” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2013), 99.

organización social, de un orden social. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos existen normas que pretenden dar cumplimiento al valor de la seguridad jurídica; en el nuestro tenemos varias expresiones de ese principio tales como la presunción del conocimiento de la ley, el principio de la reserva o legalidad penal, el principio de tutela judicial efectivo, el principio de irretroactividad de la ley, la cosa juzgada y la prescripción, entre otros...”⁵⁸

El segundo principio, la tutela judicial efectiva, pretende, dentro de sus aristas, dar eficacia a las resoluciones judiciales emitidas por partes de una autoridad jurisdiccional, obligando a los implicados y a las implicadas en un litigio a la obediencia y al cumplimiento de los extremos expuestos en la resolución judicial, y de que, en caso de desobediencia, existan mecanismos jurídicos idóneos que permitan de forma ágil la eficacia dicha resolución, otorgando de esta forma, el sustento práctico al principio de seguridad jurídica.

De esta manera, la ejecutoriedad de la sentencia se presenta como una garantía propia del principio de seguridad jurídica, donde los ciudadanos y las ciudadanas, sin importar la naturaleza de la situación, encontrarán respuesta, con fundamento en derecho, a las controversias que son sometidas a decisión de los Tribunales de Justicia.

“De manera que, el debido proceso y la tutela judicial efectiva como principio, cubre todas las materias y todos los procesos, que aunque se le ha vinculado mayormente con el derecho penal, también es aplicable al derecho de familia”⁵⁹.

Así, el juez o la jueza de familia o el representante o la representante del Patronato Nacional de la Infancia, cuando admiten, otorgan o modifican los derechos de guarda o de interrelación familiar, tendrán la certeza de que lo resuelto se acatará, y con ello se respetará el interés superior de la persona menor de edad, en el tanto, en dicha resolución se detalló y analizó el mismo para el alcance de ese dictado. Asimismo, las partes involucradas tendrán la certeza de que lo resuelto se cumplirá, y que en caso de que no se respete, existen mecanismos jurídicos que asegurarán la

58

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto 8790-1997 de las 09:06 horas del 24 de diciembre de 1997.

59

Ricardo Núñez Montes de Oca, “Debido proceso y tutela judicial efectiva en pensiones alimentarias ¿Letra o realidad?”, *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, No. 14, (2017): 60, Consultado 10 de mayo, 2019, https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N14/contenido/pdfs/06-debidoproceso.pdf

protección y cumplimiento de lo resuelto.

Tal y como se mencionó en la sección A del presente capítulo, la resolución sobre el otorgamiento, modificación o suspensión del derecho de guarda o de interrelación familiar supone un detallado análisis de las condiciones particulares del caso, haciendo especial énfasis en el interés superior de la persona menor de edad, por lo que, el incumplimiento acarrearía, *a contrario sensu*, la imposibilidad de alcanzar dicho bienestar de la persona menor de edad.

Así las cosas, el operador jurídico o la operadora jurídica han de valorar todas las condiciones de riesgo que podría poner en peligro la eficacia jurídica de su resolución, y así tomar las medidas correspondientes para resolver sobre los derechos, tanto de la persona menor de edad como de los titulares, siendo esencial por ello, que quien resuelva prevea posibles condiciones que puedan poner en riesgo la eficacia de su decisión, como lo pueden ser los antecedentes de incumplimiento por parte de uno de los involucrados, y demostración de peligros para la persona menor de edad.

Es por ello que los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva cobran especial importancia en una realidad familiar globalizada, donde la decisión sobre la asignación de los atributos de la responsabilidad parental pueden verse burlados por las limitaciones que impone la geografía y los poderes limitados, a nivel geográfico, de la jurisdicción, siendo el derecho internacional privado el que pretende darle garantía a los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva a dichas situaciones, en el tanto, mediante dichas normas, se pone de conocimiento a la ciudadanía sobre las normas que regirán las situaciones privadas que posean elementos de extranjería, así como, los mecanismos existentes para hacer eficaz los acuerdos y decisiones judiciales sobre regímenes de interrelación familiar y de derecho de guarda, y con ello hacer efectivo el bienestar superior de la persona menor de edad.

Dicha línea argumentativa es seguida por Sáez Carbonell (2016), al delimitar al derecho internacional privado como una solución jurídica al heterogéneo sistema normativo internacional, donde los ciudadanos y las ciudadanas en relaciones de extranjería pueden tener certeza jurídica sobre las normas de aplicación en una situación internacional privada concreta, y así obtener la solución a una determinada situación jurídica, dentro de las cuales se encuentra el cumplimiento de una resolución en un territorio ajeno al que fue emitido.

“Según indica el tratadista don Juan José Obando Peralta en su obra *Private International Law in Costa Rica (Derecho Internacional Privado en Costa Rica)*,

publicada en 2013, de las decisiones de la Sala Constitucional, la inclusión de Costa Rica como integrante de organizaciones internacionales especializadas en Derecho Internacional Privado y las opiniones de varios autores, se desprende que en la actualidad el Derecho Privado costarricense incluye tres campos: la competencia internacional, judicial y arbitral, sobre casos privados que contengan elementos extranjeros; el Derecho aplicable a tales casos, y el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras, incluyendo decisiones arbitrales, medidas cautelares, recolección de pruebas y notificaciones en asuntos civiles y comerciales”⁶⁰ .

El derecho internacional privado se presenta como un garante tanto al principio de seguridad jurídica, como al principio de tutela judicial efectiva y al principio de bienestar superior del menor, en el tanto, posibilita la cooperación por parte de los Estados para que las resoluciones emitidas por autoridades jurisdiccionales y judiciales no se vean burladas por el tránsito, cada día más común, de personas a otros Estados, dotando a estas situaciones de soluciones expeditas y homogéneas que permiten el cabal cumplimiento del bienestar superior del menor que se plasmó en una decisión judicial o jurisdiccional.

“En el sector que le corresponde al Derecho Internacional Privado, es decir, los que regulan aquellas situaciones jurídicas privadas con un elemento de internacionalidad, nos vemos inmersos: [...]En demandas por secuestro o sustracción internacional de menores por parte de uno de los progenitores. Estamos pensando en relaciones multiculturales, multinacionales o simplemente en el fenómeno de la emigración y la ruptura de la pareja, lo cual implica, en la mayoría de los casos, el retorno de una de las partes al país de origen o a un tercer Estado sin el consentimiento para el traslado del menor o menores o con la retención ilícita de los mismos. Esta es una situación cada vez más cotidiana en la que los hijos son utilizados como herramienta de castigo por parte del progenitor que se siente ultrajado, abandonado”⁶¹

60

Jorge Francisco Sáenz Carbonell, *Elemento de Derecho Internacional Privado.*), 14.

61

Comisión Nacional de los Derechos Humanos "Alienación Parental". DF, México: Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, 15-16.

De esta manera se limita la posibilidad de obstaculizar el cumplimiento de las decisiones judiciales o jurisdiccionales, posibilitando una cooperación entre Estados para el cumplimiento de las mismas, y, por lo tanto, asegurándoles a los ciudadanos y a las ciudadanas que lo resuelto se va a cumplir.

“La práctica jurídica ha demostrado que la existencia de distintos ordenamientos jurídicos entre los Estados que forman la comunidad internacional, conlleva a que una misma controversia sea resuelta de diversas formas en diferentes Estados, con graves perjuicios para los operadores internacionales respecto de la certidumbre y la seguridad jurídica. Ante esto, debe procurarse la armonía internacional de soluciones mediante la armonización y unificación de las normas jurídicas de Derecho Internacional Privado, con la finalidad de que las leyes sean interpretadas y aplicadas de la manera más idéntica posible, y cualquier controversia debería ser decidida del mismo modo con independencia del Estado que la resuelva, pues si los Estados declaran aplicable la misma ley, el resultado debería ser similar con abstracción del lugar de donde sea debatida la controversia”⁶² .

Así las cosas, en una realidad globalizada, donde el tránsito internacional de personas y de relaciones familiares es cada día más común, las normas de derecho internacional privado, se presentan como proveedoras de seguridad jurídica, en el tanto, favorecen a la homogenización sobre la solución de conflictos, como también favorece el cumplimiento de decisiones judiciales, ya que generan soluciones expeditas a dichos conflictos.

Lo anterior es especialmente importante cuando se solicita el establecimiento del derecho de guarda o del derecho de régimen de interrelación familiar en lugares distintos al país donde se establecieron dichos derechos, en el tanto, la obligatoriedad de estas sentencias o acuerdos podría verse burlados, si el país donde se ejercerán los mismos no reconocen la validez de los mismos, comprometiendo de esta manera la eficacia de dichos derechos.

La creación de tratados de derecho internacional privado y el reconocimiento de esta rama, por parte de diferentes Estados, se presenta como una solución idónea para evitar incumplimientos y fraudes internacionales, ya que, se generan mecanismos jurídicos a los que pueden recurrir los ciudadanos y ciudadanas de distintos Estados, como también, generan responsabilidad internacional

62

Yoselyn Bermúdez Abreu, “Algunas consideraciones sobre la armonización del Derecho Internacional Privado”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 116 (mayo-agosto, 2008): 159.

a dichos Estados en caso de desobediencia de las normas de derecho internacional privado que se comprometieron a respetar.

“En la actualidad la armonización y unificación de las normas de Derecho Internacional Privado son las técnicas legislativas que por excelencia contribuyen a la disminución de los conflictos de leyes. También otorgan celeridad en la solución de las eventuales colisiones normativas que en el ámbito privado puedan presentárseles a los particulares. Finalmente, conceden seguridad jurídica a las personas en cuanto al Derecho aplicable, generando la pronta resolución de las desavenencias que se puedan presentar”⁶³ .

La relación expuesta (seguridad jurídica-tutela judicial efectiva-bienestar superior del o de la menor), ha quedado en evidencia en diversas directrices del Poder judicial⁶⁴ , así como en el nuevo Código Procesal de Familia que se tramitó en el expediente 19.455, donde se hace especial mención a la importancia de armonizar las normas de derecho de familia costarricense con las normas internacionales.

“El tercer logro de este proyecto, es el de que se está en sintonía con los instrumentos internacionales que ha aprobado el país. Instrumentos tales como la Convención sobre Derechos del Niño y de la Niña, la Cedaw, la Convención de Belén do Para, la Convención sobre personas con discapacidad, en fin, todos aquellos instrumentos emanados tanto de las Naciones Unidas, del sistema interamericano y de la Conferencia de La Haya. Se ha contado en su diseño con la asesoría de personas expertas en el derecho internacional privado tanto del plano internacional como del nacional”⁶⁵ .

No es azaroso que el Libro Segundo, en su capítulo IV, y en el Libro Tercero del nuevo Código

63

Ídem, 11-12.

64

Véase la circular No. 11-2019 del Consejo Superior del Poder Judicial en sesión No. 111-18 celebrada el 20 de diciembre de 2018, artículo XCIV

65

Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Proyecto de Ley: Código Procesal de Familia, expediente 19455”, sitio web, consultado el 17 de junio, 2019, <http://www.asamblea.go.cr/sd/SiteAssets/Lists/Consultas%20Biblioteca/EditForm/Proyecto-19455%20C%C3%B3digo%20Procesal%20de%20Familia.pdf>

Procesal de Familia se contemple todo lo relacionado al derecho internacional privado, especialmente en cuanto al reconocimiento de sentencias extranjeras; como tampoco es arbitraria la colaboración de diversos teóricos del derecho internacional privado para la confección de dicho cuerpo normativo, como lo fue Adriana Dreyzin; quedando en evidencia el esfuerzo que ha se realiza en el ámbito judicial, legislativo y doctrinario, para dar respuesta eficaces a los problemas familiares contemporáneos, entre ellos, el incumplimiento de una resolución donde se asigna el derecho de guarda o de interrelación familiar a causa de la sustracción internacional de una persona menor de edad.

Ahora bien, es necesario aclarar que los anteriores antecedentes dibujan una doctrina del derecho de familia que tiende a circunscribirse en un ámbito contemporáneo y transnacional, donde se intenta tutelar la mayor cantidad de situaciones emergentes, pero que, al mismo tiempo encuentran una limitante: la heterogénea conformación del derecho internacional público y privado.

Efectivamente, la gran mayoría de autores que ha elaborado sus defensas del derecho internacional privado, en la materia del derecho de familia, lo hacen cuando la relación se encuentra tutelada por un tratado internacional que ejerce coerción en la relación conflictiva, por lo que sus soluciones implican la remisión a dicho convenio, pero el problema subyace, realmente, cuando dicha tutela no existente o existe solamente para una parte, generando una reducción a la seguridad jurídica, en el tanto, la agilidad del trámite de restitución que prevé el Convenio de Uruguay y el Convenio 28 de la Haya, terminan siendo inválida para dicha situación de conflicto.

Partiendo de lo anterior, se puede concluir, *a contrario sensu*, que la aceptación de un derecho de guarda o de interrelación familiar hacia un Estado donde se desconocen las reglas del derecho internacional privado y no ha firmado o ratificado ningún convenio internacionales sobre restitución internacional de personas menores de edad, reducen significativamente la seguridad jurídica, así como el cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva y por lo tanto, pondría en peligro el bienestar superior de la persona menor de edad.

Será en la sección C donde se abordará de forma analítica las dos principales convenciones internacionales sobre restitución de personas menores de edad, dejando en evidencia la naturaleza jurídica de las mismas, sus ventajas, y tratamiento en el ordenamiento jurídico costarricense; siendo dichas convenciones garantes de la eficacia jurídica de los derechos de interrelación familiar y del derecho de guarda cuando se ejerce de forma transfronteriza.

Sección C. El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores como garantes del derecho de guarda en una realidad internacional:

La presente sección pretende explorar la finalidad jurídica de los dos tratados internacionales más importantes en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad, a saber: La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores o Convenio de Uruguay y el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o Convenio de la Haya. Para ello, se delimitará la historia, importancia y alcance de dichos cuerpos normativos, permitiendo esclarecer su funcionamiento y las razones que motivaron su creación y posterior suscripción por parte de nuestro país.

Asimismo, mediante la descripción y análisis sobre las ventajas que generan para los Estados parte y sus ciudadanos, se pretende que el lector pueda deducir, mediante un razonamiento deductivo *a contrario*, las implicaciones negativas que conlleva la aprobación de un régimen de interrelación familiar en un país que no haya suscrito alguna de las dos convenciones que se analizarán y, por lo tanto, pueda el lector deducir la pérdida de ventajas que generan dichos cuerpos convencionales.

Así, el lector deberá realizar una deducción positiva en cuanto a la asimilación de las implicaciones jurídicas de los convenios, y al mismo tiempo, deberá realizar un razonamiento negativo sobre la inaplicación de dichas normas cuando los casos no puedan sujetarse a los textos internacionales que se analizarán. Lógicamente el razonamiento *a contrario* se puede reflejar de la siguiente manera:

- a) La norma A regula un supuesto X y se genera una consecuencia jurídica Z;
- b) Otro supuesto X2 no se encuentra regulado por la norma A;
- c) El supuesto X2 no se le aplica la misma consecuencia jurídica que Z.
- d) Por lo tanto, el argumento a contrario justifica excluir la aplicación de la consecuencia Z al supuesto X2 y con ello las ventajas que tendría la consecuencia jurídica Z.

C.1: El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores:

Historia y naturaleza jurídica:

La creación del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores fue una medida adoptada por la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado

(COHADIP) en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, siendo su principal fin, el crear un mecanismo idóneo para dar protección a las personas menores de edad cuando eran desplazadas sin autorización de la persona que ostentaba el derecho de guarda.

Dicha normativa, históricamente, surge en una realidad globalizada donde los traslados transestatales son cada vez más comunes, pero donde no existía una norma de aplicación generalizada que diera respuesta sobre la competencia judicial a dichos conflictos entre ciudadanos de diferentes Estados, por lo que la solución a dichos conflictos se presentaba lenta y engorrosa, facilitando que concurrieran situaciones a alienación parental, como también generando inseguridad a las partes, en el tanto, se debía discutir durante el proceso cuales normas, sustantivas y procesales, eran aplicables a la situación particular facilitando el atraso del proceso mismo.

“Este acuerdo fue suscrito como una respuesta de parte de la comunidad internacional a un creciente problema de la época, como es el desplazamiento de menores hacia otros países. En el momento, no existía una alternativa pronta para remediar esta situación sin que se tuviera que involucrar al menor en un engorroso proceso judicial. Como consecuencia, los procesos eran largos, por lo que se afectaba en doble medida la realidad del menor de edad, quien al finalizar el proceso judicial en el cual se ordenaba el regreso a su hogar anterior, ya podría haber creado lazos afectivos en su nueva residencia”⁶⁶.

Así, la finalidad de la Convención es congruente con el fin de la Organización que emite dicho texto normativo, La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado, en el tanto, dicha Organización Internacional pretende dar seguridad jurídica a los Estados miembros, mediante la creación de textos armonizadores que permitan la resolución de conflictos tanto familiares, como civiles y comerciales; ello, previendo el contexto mundial en que se desarrollan las relaciones humanas en la actualidad.

“Las situaciones personales, familiares o comerciales en las que se halla implicado más de un país son más que habituales en el mundo moderno. Tales situaciones pueden verse afectadas por las diferencias que existen entre los

66

Ericka Rodríguez Jiménez, “Análisis de la confrontación existente en la Jurisprudencia del Tribunal de Familia y la Sala Constitucional en la aplicación del Convenio de “Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la Conferencia de La Haya” en tema de violencia de género” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2018), 23.

sistemas jurídicos vigentes en estos países. Con el fin de resolver estas cuestiones, los Estados han adoptado reglas especiales conocidas en su conjunto como "Derecho internacional privado". El mandato estatutario de la Conferencia consiste en trabajar en pos de la "unificación progresiva" de estas reglas. Ello implica encontrar enfoques reconocidos internacionalmente para cuestiones como la competencia de los tribunales, el Derecho aplicable, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en numerosos ámbitos diferentes, desde el Derecho bancario o comercial hasta el procedimiento civil internacional, y desde la protección de la niñez a las cuestiones matrimoniales y del estatus personal"⁶⁷ .

Así, la Conferencia se constituye como un organismo que prevé las relaciones transestatales entre los ciudadanos de diferentes Estados y pretende dar armonía a las normas que dan solución a los conflictos cuando existen esos elementos de extranjería, y específicamente cuando las situaciones son de naturaleza civil, mercantil y familiar; constituyéndose en un organismo que busca una cooperación entre los Estados para así alcanzar una armonización en la manera de resolver controversias que se susciten entre los ciudadanos donde hayan elementos de extranjería.

“Con el paso de los años, en cumplimiento de su mandato, la Conferencia se ha ido transformando poco a poco en un centro de cooperación judicial y administrativa internacional en materia de Derecho internacional privado, en particular en los ámbitos de la protección del niño y de la familia, del procedimiento civil y del Derecho comercial.

La vocación última de la Organización consiste en trabajar por un mundo en el que, a pesar de las diferencias entre sistemas jurídicos, las personas tanto físicas como jurídicas puedan beneficiarse de un alto nivel de seguridad jurídica”⁶⁸ .

Lo anterior queda plasmado en los artículos 1 y 3 del Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, donde se evidencia la finalidad antes comentada: dar armonización en la aplicación de las normas cuando haya elementos de extranjería y con ello dotar de seguridad jurídica a las partes que se ven en la necesidad de entablar procesos judiciales cuando concurren

67

Hague Conference on Private International Law Conférence de La Haye de droit international privé, “Sobre La HCCH (Descripción, Finalidad y Convenios)”, sitio web, consultado 01 de junio, 2019, <https://www.hcch.net/es/about> párrafo 3 y 4

68

Idem, párrafo 5 y 6.

dichas circunstancias.

El prólogo y el artículo primero del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores son armónicos con los fines de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado, en el tanto, definen la naturaleza del Convenio como de cooperación, donde la Convención no pretende generar un nuevo proceso de conocimiento sobre quién debe ostenta el derecho de guarda y quién el derecho de interrelación familiar, sino que, su objetivo central es unificar un procedimiento para restituir a la persona menor de edad al país donde fue sustraído ilegalmente y con ello hacer cumplir un acuerdo, una sentencia administrativa o una sentencia jurisdiccional que había determinado previamente quién ostentaba dicho derecho de guarda, y así lo entiende Rodríguez Jiménez (2018) cuando señala que el “...Convenio no aplica para resolver temas de custodia o asuntos relacionados al derecho de visitas del menor, limitándose estrictamente a la restitución del menor a su residencia habitual”⁶⁹ .

La Convención parte del supuesto de que una autoridad judicial, jurisdiccional o la voluntad de las partes determinó el bienestar superior de la persona menor, al haberse definido sobre los atributos personales de la autoridad parental, y con ello el derecho de guarda y de interrelación, por lo que, el cumplimiento efectivo de dicho derecho implica el alcance del interés superior de la persona menor y, por lo tanto, su incumplimiento presupone su no alcance. Así, el artículo primero de la Convención tiene un solo objetivo, pero que se plasma en dos consecuenciales: el primero con la restitución física del menor con quien ostenta su derecho de guarda o el derecho de interrelación familiar, y el segundo, con el restablecimiento de dicho derecho.

De esta manera la Convención asegura la restitución de los derechos previamente definidos, de guarda e interrelación familiar (Artículo 21), y permite que los ciudadanos y las ciudadanas de los Estados parte de la Convención, tengan la seguridad jurídica de que la persona menor de edad continúe con quien se le asignaron dichos derechos; ello, al generarle mecanismos idóneos para la eficacia de estos derechos, tales como:

- La informalidad del proceso establecido en el artículo 21 párrafo segundo y tercero, como en el artículo 36, permite flexibilizar los procedimientos de la misma convención, por mutuo

69

Erica Rodríguez Jiménez, “Análisis de la confrontación existente en la Jurisprudencia del Tribunal de Familia y la Sala Constitucional en la aplicación del Convenio de “Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la Conferencia de La Haya” en tema de violencia de género” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2018), 25.

acuerdo de los Estados, para restituir los derechos de la persona menor sustraída.

- La celeridad presente en el artículo 34 de la Convención, mismo que establece la flexibilidad de normas con el fin de acelerar la restitución de la persona menor de edad con quien ostente el derecho. Asimismo, dicha celeridad está vinculada con la urgencia de dichos procesos, donde se insta a las autoridades estatales para que actúen de manera ágil y en carácter de urgente (ver artículo 11).
- Amplitud de legitimación: El artículo 29 faculta a terceros ajenos al derecho de guarda o de interrelación familiar, a realizar solicitudes de restitución, posibilitando que, tanto organismos estatales, como familiares ajenos al vínculo filial, soliciten la restitución de la persona menor de edad.
- Oficiosidad del procedimiento: Estipulado en el artículo 28 de la Convención, se faculta a que los Estados parte para que puedan requerir al solicitante un poder con el fin de que se logre continuar con el proceso aún sin la asistencia del o de la solicitante. Asimismo, el artículo 18 faculta a los Estados parte de iniciar y realizar todas las diligencias que considere pertinente para restituir a una persona menor de edad ilegítimamente trasladada. En congruencia de lo anterior, el artículo 9 permite que los Estados solicitados reenvíen al lugar correcto las solicitudes erróneamente enviadas a ellos.
- Gratuidad: Tal y como se puede observar del artículo 26 de la Convención, la solicitud de restitución de la persona menor de edad debe ser gratuita, así como todo el procedimiento donde se tramita la solicitud. No obstante, deja abierta la posibilidad de que los Estados parte de la Convención no sufragen los gastos del traslado de la persona menor de edad.
- Apoyo legal: Tanto en su artículo 25 como en su artículo 26, se contempla la obligación de los Estados de brindar acompañamiento jurídico al solicitante o a la solicitante, siendo, dicho apoyo gratuito, tal y como se señaló previamente.
- Subsidiaridad: Tal y como se expuso supra, el proceso de restitución no altera ni afecta las decisiones judiciales, jurisdiccionales o decisiones de los o las titulares del derecho de guarda e interrelación familiar, sino que, hace eficaces dichas decisiones, presentándose el proceso como subsidiario de estos, tal y como se puede observar de los artículos 1, 3, 16, 17 y 21 de la Convención.

- Apego al principio de bienestar superior del menor o de la menor: Ya se ha mencionado que el respeto a los derechos de guarda y de interrelación familiar implica la presunción del respeto al bienestar superior del menor o de la menor, no obstante, la normativa genera de forma clara situaciones donde dicha presunción se pueda desvirtuar para el alcance efectivo de dicho principio, a saber: los artículos 13 y 20, mismos que posibilitan que el Estado requerido deniegue la solicitud de restitución, siempre y cuando, se comprueba que el bienestar superior de la persona menor de edad se encuentra en peligro. Ahora bien, ello implica una carga probatoria por parte del sustractor o sustractora, de demostrar que el retorno del menor o de la menor, puede violentar sus derechos.

Todo lo anterior surge por la necesidad de dotar de seguridad jurídica a los padres y a las madres que vieron burlados sus derechos de guarda o de interrelación familiar por la sustracción o retención internacional ilegal, así como la necesidad de proteger a los menores y a las menores de edad víctimas de dicha actuación; así como el continuo crecimiento de las relaciones internacionales y la nula legislación costarricense para tramitar dichos casos de sustracción internacional, generaron la necesidad de discutir sobre la aplicación de la Convención de la Haya en Costa Rica, siendo introducido el tema de su utilización, a nivel político, hasta 1996 por el ministro de la Presidencia Marco Vargas Díaz.

“En nuestro país el proyecto de ley para incorporar el Convenio de la Haya al ordenamiento jurídico interno fue remitido a la Asamblea Legislativa el 21 de agosto de 1996 por el entonces Ministro de la Presidencia, señor Marco Vargas Díaz. En esa época el Presidente de la República era el señor José María Figueres Olsen [...] El documento fue recibido el día 27 de ese mes de forma que esa es la hora de inicio del expediente legislativo al que se asignó el número 12.698”⁷⁰ .

Así las cosas, la Convención de la Haya, fue firmada el 23 de setiembre de 1996 y posteriormente fue aprobada, por medio de la ley 7746, en el año de 1998, siendo aprobada por unanimidad en segundo debate. Asimismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante consulta preceptiva, ratificó la inexistencia de inconstitucionalidad del Convenio, así como, dejó en evidencia la necesidad de la aprobación de este mecanismo convencional:

70

Mauren Solís Madrigal & Mauricio Chacón Jiménez, *La sustracción internacional de personas menores de edad en el derecho de familia costarricense*. San José, Costa Rica, 2008, 20.

“El presente Convenio tiene como finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquier estado contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los estados contratantes se respeten en los otros estados”⁷¹ .

Surgiendo así la obligación, por parte del Estado de Costa Rica, de aplicar el Convenio cuando se cumplan los elementos que dicha convención establece, a saber: los elementos subjetivos y objetivos, mismos que se analizarán seguidamente.

Alcances y funcionamiento de la Convención:

Para que el Convenio analizado pueda ser aplicado se deben de cumplir los requisitos que establece el mismo, a saber, los elementos subjetivos y objetivos. Los primeros versan sobre las calidades de los participantes y las partícipes del proceso de restitución, mientras los segundos sobre las condiciones propias de la conducta que intenta dar respuesta el Convenio, sea este, la sustracción ilegítima.

En cuanto a los elementos subjetivos se encuentra que la persona sustraída ilegalmente debe ser una persona menor de 16 años, según el artículo 4, no obstante, es necesario mencionar, que, a diferencia de la Convención de Uruguay, Costa Rica no realizó ninguna reserva sobre dicha edad, sino que, confirmó la misma tras la aprobación de la ley 7746, por lo que debe de aplicarse de forma restrictiva dicha edad, y no así la de los 18 años.

Verificada la edad del solicitado o de la solicitada, y siguiendo lo establecido en el artículo 4 de dicho texto normativo, se debe de verificar, como elemento subjetivo, que el menor solicitado a restituirse haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante de la Convención, o en su defecto, que el régimen de interrelación familiar se ejerciera en un Estado parte de dicha convención.

Asimismo, dentro de los elementos subjetivos se encuentra la titularidad del derecho de guarda o de interrelación familiar, la que producto de la actuación de una tercera persona ve burlado dicho derecho. Tal y como se ha explicado, la legitimación para realizar la solicitud de restitución se

71

Sala Constitucional, “Consulta preceptiva de Constitucionalidad: voto 163-98; 13 de enero, 1998 a las 15:33 horas”, Considerando Segundo

amplía mediante el artículo 29 de la Convención, mismo que permite que una institución, familiar o cualquier interesado o interesada directa pueda realizar la misma, siempre y cuando responda a las condiciones objetivas que se detallarán en líneas posteriores.

Explicado lo anterior, se procede a analizar los presupuestos objetivos para la aplicación de la Convención, mismos que encuentran sustento en el artículo 3 de dicho texto internacional, sean estos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado⁷².

Del anterior artículo, y del artículo 1 inciso a, se evidencia que para la solicitud del procedimiento de restitución internacional de personas menores de edad se deben de cumplir los siguientes presupuestos objetivos:

- a. Que el Estado solicitante se haya obligado al cumplimiento de la Convención.
- b. Que el Estado requerido a realizar la restitución del o de la menor se haya obligado al cumplimiento del Tratado.
- c. Que en caso de que ambos Estados hayan suscrito la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, ambos rechacen la aplicación prioritaria de este.
- d. Que exista, previamente, una determinación sobre el derecho de guarda y el de interrelación familiar.
- e. Que se haya realizado una violación al derecho de guarda o al de interrelación familiar,

72

Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, “Convenio de la Haya de 25 de Octubre 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Organización de los Estados Americanos : art. 3, consultado 03 de enero, 2019, https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_de_la_Haya_sobre_los_Aspectos_Civiles_de_la_Sustraccion_Internacional_de_Menores.pdf

considerándose dicha violación como la salida o retención, sin autorización, de la persona menor de edad de su lugar de residencia habitual, o en caso de la interrelación familiar, el no ejercicio de dicho derecho por causas externas al solicitante o a la solicitante.

- f. Que la violación al derecho de guarda o de interrelación familiar haya hecho ilusorio o nulo el goce efectivo del mismo.
- g. Que no haya transcurrido más de un año desde la sustracción de la persona menor de edad hasta la presentación de la solicitud de restitución.

Una vez reunidos los elementos subjetivos y objetivos antes mencionados, y realizada la solicitud empiezan a operar los mecanismos de cooperación estatal para la restitución del menor, ello a través de políticas interestatales que permitan:

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que la persona menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del o de la menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado o de una abogada;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha

73
aplicación .

Sin embargo, tal y como se señaló, dicha lista es ejemplificativa y no taxativa, por lo que, el Estado requerido, puede realizar y tomar otras medidas que considere pertinentes para el alcance del fin de la Convención, ello, por el principio de informalidad imperantes en los artículos 21 y 36 de la Convención.

De esta manera se pretende asegurar el derecho de guarda de la persona menor de edad, así como el derecho de interrelación familiar de la misma, ya que les otorga a los titulares y a las titulares de dichos derechos la certeza jurídica de que existen mecanismos idóneos de cooperación internacional que permitan la eficacia de estos derechos, en el tanto, la Convención posee elementos que aseguran la restitución de la persona menor de edad con el titular del derecho de guarda o de interrelación familiar, ello, sin someterse a un proceso engorroso y dilatorio que podría fomentar la alienación parental.

Costa Rica, en acatamiento del artículo 7 de la Convención de la Haya, designó al PANI (Patronato Nacional de la Infancia) como la Autoridad Central que vele por el cumplimiento de los fines antes mencionados, ello mediante Decreto Ejecutivo Número 29694-RE-J-MP del 21 de junio del 2001, asumiendo de esta forma la obligación de recibir las solicitudes y tramitar las mismas de forma expedita, tal y como lo ordena el principio de urgencia ya explicado.

Ahora bien, en caso de que Costa Rica figure como Estado requerido, le corresponderá al Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, ello al amparo del Transitorio II del Código de la Niñez y de la Adolescencia, así como a través de circular número 131-18, en la cual, mediante sesión de Corte Plena número 40-18 la cual fue celebrada el 27 de agosto de 2018 que en su artículo XXXI se determinó:

“En sesión de Corte Plena N° 40-18 celebrada el 27 de agosto de 2018, artículo XXXI, se dispuso que la competencia del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia será en los siguientes términos: a) Que el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia conozca los procesos especiales de protección a la niñez y la adolescencia y los que señala el numeral 116 del Código de la Niñez y la Adolescencia, las tutelas, los depósitos de personas menores de edad, la declaratoria de abandono, adopción de personas menores de edad, la utilidad y necesidad han de depender de si se trata de los intereses de una persona menor de

edad o no. b) En cuanto al tema de la patria potestad, si la discusión se da entre los progenitores del niño o adolescente (conflictos de patria potestad, salidas del país, guarda, crianza y educación, visitas, etcétera) ese asunto debe conocerse por el Juzgado de Familia. Pero si lo que se pide es una protección especial para el niño como serían las suspensiones o extinciones de la patria potestad contra sus padres, no entre ellos, ese asunto debe ser conocido por el Juzgado de Niñez y la Adolescencia. c) **Tendrá la competencia a nivel nacional para conocer las Adopciones Internacionales y los procesos de Restitución Internacional de Personas Menores de Edad**⁷⁴ (subrayado no es del original).

Así, la competencia a nivel nacional sobre restituciones internacionales de personas menores de edad, recaerá en el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José de forma exclusiva, no así, para las solicitudes de salida del país cuando hay oposición entre los titulares de la autoridad parental, ya que dicha competencia recaerá en el juzgado de familia del lugar donde vive la persona de edad.

C.2 La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores o Convención de Uruguay:

Historia y naturaleza jurídica:

Dicha convención fue suscrita en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado que tuvo lugar en Montevideo, del 9 al 15 de julio de 1989, y se trabajaron temáticas relacionadas con el derecho de familia y su dimensionalidad transestatales, generando observaciones sobre los problemas de aplicación normativa cuando existen elementos de extranjería.

En la Cuarta Conferencia se lograron elaborar dos instrumentos internacionales con los cuales se pretendió dar respuesta a problemas familiares que tuvieran elementos internacionales, específicamente, en el tema del derecho de guarda e interrelación familiar, como en el derecho de alimentos de la persona menor de edad.

74

Corte Suprema de Justicia, “Circular número 131-18: Competencia del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia; 27 de agosto, 2018”, La Gaceta, No.32 (14 febrero, 2019): 1.

El antecedente directo de dicha conferencia fue el creciente cambio de los modelos de familiares, la dinamización extrafronteriza entre los países americanos, la ineficacia y corto alcance normativo del Código Bustamante, así como el creciente número de litios donde dos legislaciones Estatales distintas se podían ver contrapuestas y por ende dilataban la restitución de una persona menor sustraída ilegalmente de su domicilio habitual como también retardaba el establecimiento y eficacia de la obligación alimentaria a favor del menor o cónyuge.

“El acento puesto en el Derecho de Familia es el reflejo de la progresiva internalización y de la notoria dispersión del núcleo familiar. Los textos vigentes: Tratados de Montevideo de 1889 y 1939-40 y el Código Bustamante de 1928, no constituían una respuesta adecuada a las situaciones jurídicas derivadas de las relaciones familiares, razón por la cual era necesario introducir criterios ágiles y modernos para estructurar una legislación convencional”⁷⁵ .

En dicho contexto internacional, donde la migración por situaciones laborales, económicas, políticas o personales es cada vez más común, es que surgió la necesidad de crear mecanismos jurídicos idóneos que facilitaran la restitución de las personas menores de edad cuando se hubiera realizado una violación al derecho de guarda o de interrelación familiar, siendo la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores o Convención de Uruguay, el mecanismo jurídico mediante el cual se intentó generar soluciones interestatales ágiles y coercitivas entre los diferentes Estados firmantes a estas violaciones.

La negativa por parte de ciertos Estados americanos de firmar y ratificar la Convención de la Haya, en el contexto global antes mencionado, generó la necesidad de crear un proyecto interamericano propio que abordara lo que regulaba dicha convención, a saber, la protección de las personas menores de edad sustraídas ilegalmente y su restitución a través de la cooperación internacional.

Así, la Convención de Uruguay se presenta como una solución interamericana, la cual intenta priorizar las soluciones emitidas por los mismos países del continente, sobre soluciones de índole transamericano, generando un sentimiento de pertenencia sobre las soluciones plasmadas en dicho texto normativo, lo cual generó, la ampliación de países que aplicarán la cooperación internacional

75

Cámara de Senadores, Comisión de Asuntos Internacionales Uruguay. “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Informe de la Comisión, Mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo reiterando el remitido el 24 de mayo de 1995 y Texto Completo)”, sitio web, consultado 17 de diciembre, 2018, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/S2000070061-003435096.pdf>

para dar solución a los casos de sustracción o retención internacional ilegal de menores, en el tanto, se logró que países que se habían negado a firmar la Convención de la Haya, firmaran la de Uruguay.

El artículo 34 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores es reflejo de lo anterior, en el tanto, se establece como prioritaria la aplicación de dicha convención sobre la Convención de la Haya, presentándose como subsidiaria esta última y solo en caso de que los países partícipes del proceso de restitución acepten la aplicación prioritaria de esta última convención.

Con lo anterior, quedan en evidencia los fines que propone la Convención, a saber: la generación de mecanismos homogéneos para restituir a personas menores de edad ilícitamente sustraídas de su lugar de residencia, incentivar la cooperación internacional interamericano para el alcance del fin antes mencionado y con ello, dar certeza jurídica a los ciudadanos de los Estados parte de la Convención, de que existen normas homogéneas que se aplicarán en caso de que se dé la sustracción o retención ilegal internacional de persona menor de edad.

Todo lo anterior queda plasmado en los artículos 1 y 15 de la Convención de Uruguay donde se define la naturaleza del Convenio como de cooperación entre los Estados americanos parte, quedando en claro que la misma no pretende generar un nuevo proceso de conocimiento sobre quién debe ostentar el derecho de guarda y quién, el derecho de interrelación familiar; sino que, su objetivo central es unificar un procedimiento para restituir a la persona menor de edad al país donde fue sustraído ilegalmente y con ello hacer eficaz los derechos de guarda o de interrelación familiar violentados por la sustracción ilegal de la persona menor de edad.

“Se persiguen dos objetivos: 1) la pronta restitución de menores trasladados o retenidos ilegalmente en un Estado Parte que no constituya su residencia habitual.
2) hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita y de custodia por parte de sus titulares (art. 1)”⁷⁶

Al igual que la Convención de la Haya, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores trabaja mediante presunciones sobre el bienestar superior del o de la menor, ya que se parte del supuesto de que una autoridad jurisdiccional, judicial o un convenio

76

Ídem, 1.

entre las partes definió dicho bienestar al determinar quién ostentaba el derecho de guarda y el derecho de interrelación familiar de la persona menor de edad sustraída, deviniendo, con el cumplimiento de dicha decisión, el alcance del bienestar superior de la persona sustraída. Así, el artículo primero de la Convención Uruguay, al igual que la Convención de la Haya, tienen una sola finalidad: el alcance del bienestar superior de la persona menor de edad sustraída, alcanzándose dicha finalidad con la restitución física del menor con quien ostenta su derecho de guarda o el derecho de interrelación familiar.

De esta manera la Convención intenta asegurar la restitución de los derechos de guarda e interrelación familiar previamente definidos mediante acuerdo, sentencia jurisdiccional o judicial (artículos 1, 15 y 16), y con ello pretende que los ciudadanos y de las ciudadanas de los Estados parte de la Convención de Uruguay, tengan la seguridad jurídica de que el menor de edad continúe con quien se le asignaron dichos derechos; ello, al proveer de mecanismos para el alcance de la eficacia de estos derechos; dentro de los cuales se pueden mencionar:

- **Oficiosidad del procedimiento:** Siguiendo los artículos 10, 18, 19 y 24 de la Convención de Uruguay, el proceso una vez iniciado debe ser impulsado oficiosamente por los Estados parte involucrados, quienes deben de dar tramitación y continuación a las solicitudes o exhortos. No obstante, dicho impulso procesal oficioso, no imposibilita al o a la solicitante a actuar, por sí o por medio de apoderado o apoderada, en el proceso -ver acá 20. 2 párrafo 2° CPC.
- **Gratuidad:** Tal y como se puede observar del artículo 23 de la Convención la solicitud o exhorto para iniciar la restitución de la persona menor de edad es gratuito, así como todo el procedimiento donde se tramita la solicitud. No obstante, permite realizar condenatoria en costas a la persona que haya realizado la sustracción o retención ilegal de la persona menor de edad. Asimismo, el artículo 13 posibilita que el Estado requerido se haga cargo de los gastos producto de la restitución del menor con el titular del derecho de guarda o de interrelación familiar, facultando a dicho Estado el cobro a quien generó, por la sustracción o retención ilegal, dichos gastos.
- **Subsidiaridad:** Tal y como se expuso líneas arriba, el proceso de restitución no altera ni afecta las decisiones judiciales, jurisdiccionales o decisiones de los titulares del derecho de guarda e interrelación familiar, sino que, hace eficaces dichas decisiones, presentándose el proceso como subsidiario de estos, tal y como se puede observar de los artículos 1, 9 inciso

2 subinciso a, artículo 11 inciso a, 15, 16 y 17 de la Convención.

- Flexibilización de requisitos: Desglosado del artículo 9 inciso 3, la autoridad competente para tramitar la restitución puede prescindir de ciertos requisitos en la solicitud con criterio fundado.
- Apego al principio de bienestar superior de la persona menor: Al igual que la Convención de la Haya, el presente Convenio pretende que se respeten los derechos de guarda y de interrelación familiar, generando la presunción de que dicho aseguramiento permite respeto al bienestar superior del o de la menor previamente discutido, no obstante, la normativa genera de forma clara situaciones donde dicha presunción se pueda desvirtuar para el alcance efectivo de dicho principio, a saber: los artículos 11 inciso b y artículo 25, mismos que posibilitan a que el Estado requerido deniegue la solicitud de restitución, siempre y cuando, se comprueba que el bienestar superior del o de la menor se encuentra en peligro.

Los anteriores mecanismos justificaron la firma, ratificación y aprobación de la presente Convención en nuestro país, en el tanto, permitieron dar respuesta a los traslados internacionales ilegales de personas menores de edad, en países que no habían suscrito aún la Convención de la Haya, pero sí la de Uruguay, por lo que, ante ellos, no se podían solicitar la aplicación de la Convención de la Haya. Específicamente: Haití y Antigua y Barbuda no han firmado el Convenio de la Haya hasta este momento, pero sí el de Uruguay, mientras que Bolivia (2016), Guatemala (2002), Perú (2001), Uruguay (2000), Brasil (2000), Paraguay (1998), Venezuela (1997), no habían firmado dicho Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, pero sí, el de Uruguay, posibilitando la ampliación de esta manera, de la atmosfera de protección hacia dichos países.

Así, Costa Rica, mediante Decreto ejecutivo número 25973-RE de 1997, firmó la Convención de Uruguay, pretendiendo ampliar los mecanismos para la restitución de personas menores de edad ilegalmente sustraídas o retenidas en países donde se carecía de un mecanismo jurídico mediante el cual se pudiera hacer ágil la restitución de las personas menores de edad ilegalmente sustraídas o retenidas. No obstante, fue hasta el 25 de setiembre del año 2000 que se aprobó en segundo debate, por unanimidad, la Convención, siendo introducida al ordenamiento jurídico mediante la ley N° 8032 del 19 de octubre del 2000, con la reserva al artículo 2.

Alcances y funcionamiento de la Convención:

Análogo al Convenio de la Haya, para poderse aplicar el Convenio de Uruguay se deben de reunir determinados requisitos que el mismo texto convencional establece, los cuales pueden ser divididos en dos categorías: el cumplimiento de elementos subjetivos y el cumplimiento de elementos objetivos. Los primeros versan sobre las calidades de los y las partícipes del proceso de restitución, mientras los segundos sobre las condiciones propias de la conducta que intenta dar respuesta el Convenio de Uruguay, sea este, la sustracción o retención ilegítima.

En cuanto a los elementos subjetivos que se pueden deducir de la Convención analizada, se encuentra que la persona sustraída o retenida ilegalmente debe ser una persona menor de 16 años, según el artículo 2, no obstante, en nuestro país, mediante la reserva a la Convención y mediante la creación de la ley n.º 8032 del 19 de octubre del 2000, por medio de la cual fue aprobada la Convención de Uruguay, se amplió el rango de aplicación hasta los 18 años de edad, siendo congruente al restante ordenamiento jurídico costarricense, tal y como lo estableció la Sala Constitucional mediante la consulta preceptiva resuelta en sentencia número 7416-00 de las 16:24 horas del 28 de agosto de 2000.

Asimismo, el artículo 5, 4 y 1 de la Convención, establecen como requisito subjetivo, que el o la menor solicitada a restituirse, haya tenido su residencia habitual en un Estado parte de la Convención de Uruguay, o en su defecto, que el régimen de interrelación familiar se ejerciera en un Estado parte de dicha Convención.

Por otro lado, y a diferencia del Convenio de la Haya, en este Tratado Internacional, la legitimación es restringida a quienes son titulares del derecho de guarda o de interrelación familiar, ya que son los únicos con capacidad jurídica para realizar la solicitud o exhorto, mediante el cual, se activan los mecanismos jurídicos del Tratado, lo anterior, estipulado así en el artículo 5 de dicho cuerpo normativo.

En cuanto a los presupuestos objetivos para la aplicación de la Convención, se debe realizar una lectura sistemática entre los artículos 1, 4 y 3, mismos que versan de la siguiente manera:

“Artículo 1: La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte

y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Artículo 4 Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Artículo 3 Para los efectos de esta Convención: a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia; b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual”⁷⁷.

De los anteriores artículos, se evidencia que para la solicitud del procedimiento de restitución internacional de persona menor de edad se debe de cumplir los siguientes presupuestos objetivos:

- a. Que el Estado solicitante se haya obligado al cumplimiento de la Convención de Uruguay.
- b. Que el Estado parte requerido a realizar la restitución del o de la menor se haya obligado al cumplimiento del Convenio de Uruguay.
- c. Que exista, previamente, una determinación sobre el derecho de guarda y el de interrelación familiar.
- d. Que se haya realizado una violación al derecho de guarda o al de interrelación familiar, considerándose dicha violación como el traslado o retención, sin autorización, de la persona menor de edad de su lugar de residencia habitual, o en caso de la interrelación familiar, el no ejercicio de dicho derecho por causas externas al solicitante o a la solicitante, a saber, la imposibilidad de dicho ejercicio en el lugar habitual donde se ejercía.
- e. Que la violación al derecho de guarda o de interrelación familiar haya hecho ilusorio o nulo el goce efectivo del mismo.
- f. Que no haya transcurrido más de un año desde la sustracción o retención de la persona menor de edad hasta la presentación de la solicitud de restitución. No obstante, lo anterior,

77

Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, Organización de los Estados Americanos : art. 1, 4 y 3 consultados el 08 de enero, 2019, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>

tal y como lo regula el artículo 14 de la Convención, dicho plazo empieza a computarse apenas se tenga conocimiento de la localización de la persona menor de edad sustraída o retenida.

- g. Que la persona solicitante haya cumplido las formalidades para tramitar la solicitud, según el artículo 9.
- h. Que la persona solicitante haya realizado la solicitud ante la autoridad competente para conocer sobre la sustracción.

Reunidos y revisado el cumplimiento de los elementos subjetivos y objetivos antes mencionados, y realizada la solicitud de restitución de la persona menor de edad, se efectúa la tramitación de la solicitud, donde, a diferencia de la Convención de la Haya, se establece un proceso de contestación y evacuación de prueba, así como, se establece la posibilidad de imponer medidas cautelares mientras se lleva dicho proceso, siempre y cuando, la autoridad estatal requerida lo considere necesario para proteger a la persona menor de edad trasladada o retenida ilegalmente.

En síntesis, el proceso se inicia con la solicitud formal o exhorto ante la autoridad competente (artículo 8) del Estado donde residía habitualmente la persona menor de edad (artículo 6). Posteriormente, dicha autoridad, realiza un examen de admisibilidad sobre la misma, específicamente, revisa si la solicitud cumple los elementos subjetivos y objetivos, para que, en caso de hacerlo, se proceda con la comunicación al Estado requerido, específicamente, donde está la persona menor retenida o trasladada.

Cumplida la comunicación al Estado requerido, dicho Estado debe localizar al menor o a la menor de edad e intentar que la persona que lo sustrajo, lo restituya de forma voluntaria (artículo 10). En caso de que no procesa la restitución de forma voluntaria el Estado requerido podrá, y sin previo análisis de los elementos subjetivos y objetivos:

- Tomar medidas cautelares para que el o la menor de edad sea trasladada a un lugar seguro, específicamente en una institución especializada del Estado requerido.
- Podrá ordenar la restitución.
- Ordenará la imposibilidad de que la persona menor de edad salga del territorio del Estado requerido.
- Comunicará la situación a la institución especializada en la protección a personas menores de edad del país requerido.

Ahora bien, tal y como se ha evidenciado, el proceso pretende la restitución de la persona menor de edad ilegalmente sustraída o retenida, por lo que no se discutirá sobre el derecho de guarda o de interrelación familiar, sino que, se pretende hacerlos eficaces. No obstante, aun cumpliendo los elementos subjetivos y objetivos, se podría denegar la solicitud de forma excepcional, siempre y cuando, se haya presentado oposición a la solicitud y se haya comprobado algunos de los supuestos del artículo 11, a saber: la existencia de un riesgo para la persona menor de edad, que haya existido permiso del traslado o retención por parte del solicitante, que, por la madurez de la persona menor de edad, decida el permanecer en el nuevo lugar de residencia, o que el solicitante no ejercía el derecho de guarda o de interrelación familiar cuando se realizó el traslado de la persona menor de edad.

Así, al igual que la Convención de la Haya, la presente Convención pretende dar certeza jurídica, a los titulares del derecho de guarda o de interrelación familiar, de que, en caso de existir una violación internacional de dichos derechos, se les asegurará un proceso expedito que los haga eficaces sin tener que discutirse sobre la titularidad de estos derechos previamente asignados.

Si bien ambas Convenciones persiguen el mismo fin de generar seguridad jurídica a los titulares de los derechos de guarda o de interrelación familiar, e imposibilitar una nueva discusión sobre la titularidad de los derechos violentados con la sustracción o retención; lo cierto es que ambas Convenciones presentan diferencias importantes que son necesarias de señalarse:

En primer lugar, una de las principales diferencias entre la Convención de la Haya y la Convención de Uruguay es la limitada legitimación activa o capacidad de accionar los mecanismos de la Convención, en el tanto, en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, solo estarán legitimadas las personas amparadas en el artículo 4 según mandato expreso del artículo 5 de dicho texto interamericano, mientras que en la Convención de la Haya, la legitimación es ampliada a terceras personas interesadas, tal y como queda plasmado en el artículo 29.

En segundo lugar, la Convención de Uruguay establece un procedimiento de contradicción, donde se deben de cumplir plazos para la finalización del procedimiento y la consecuente restitución de la persona menor de edad, mientras que, la Convención de la Haya, solo establece la posibilidad de que exista dicha oposición, sin establecer plazo alguno ni forma para la tramitación de la misma.

“Mientras que el Convenio de La Haya sólo estipula que la sentencia que ordene o

deniegue la restitución del niño debe dictarse en un plazo máximo de seis semanas, la CIDIP IV crea un procedimiento sumario y especial, con plazos muy abreviados. En efecto, destacada doctrina sostiene que “es el único procedimiento diseñado sobre el plano supranacional... Se ha creado, entonces, un procedimiento en materia de restitución internacional de menores fuera de la órbita de la soberanía legislativa de cada Estado, que reemplaza al derecho procesal interno de cada país por otro uniforme para toda América...”⁷⁸

En tercer lugar, la Convención de Uruguay se estableció como un Tratado Internacional Interamericano, lo cual excluye su firma o ratificación a cualquier otro país que no sea de dicho espacio geográfico, mientras que la Convención de la Haya se encuentra abierta a cualquier Estado.

En cuarto lugar, Costa Rica no ha establecido formalmente una autoridad central que conozca de las solicitudes de restitución fundamentadas en la Convención de Uruguay, como lo hizo con la Convención de la Haya mediante Decreto Ejecutivo Número 29694-RE-J-MP, sino que, por práctica judicial, se maneja de manera análoga, es decir, las solicitudes de restitución se tramitan ante el Patronato Nacional de la Infancia y las solicitudes de requerimiento ante el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José.

78

Luciana B. Scotti, “Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Número 62 (Segundo Semestre 2013), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires: 137.

Capítulo III. Análisis sobre la aplicación del Convenio de Uruguay y el Convenio 28 de la Haya en Costa Rica:

Tal y como se detalló en el capítulo segundo, la finalidad de los Convenios de Uruguay y de la Haya es la restitución inmediata de la persona menor de edad que fue sustraída o retenida ilegalmente y así hacer valer el derecho de guarda o de interrelación familiar afectado por la conducta ilegal y con ello, velar por el respeto del bienestar superior de la persona menor de edad.

Para el cumplimiento de lo anterior, el Convenio de la Haya, obligó a los Estados parte a tramitar las solicitudes mediante procesos de urgencia, que se adecuen a los ya existentes en el Estado requerido; a diferencia del Convenio de Uruguay, el cual estableció de manera genérica mínimos de oposición. Así, y ante las posibles incompatibilidades entre normativas e interpretaciones procesales, se creó la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional por parte de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño (IIN), para dar armonía en la aplicación procesal de las dos convenciones sobre restitución de personas, siendo evidente dicha finalidad armonizadora en el prólogo de texto, el cual establece:

“Con la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita y de velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en un Estado se respeten en el Estado nacional, se ajustarán las normas procesales internas según el siguiente Proyecto. Los plazos breves de decisión, en aplicación del interés superior del niño, contribuyen al cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y a la mejor preservación de los derechos a no ser trasladado o retenido ilícitamente de un Estado a otro y a la visita cuando los referentes adultos de los niños viven en países diferentes” .

79

No obstante, nuestro país, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia, ha seguido el proceso de urgencia establecido en el capítulo II, sección segunda del Código de la Niñez

79

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños” consultado el 20 de marzo de 2019, https://assets.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf

y de la Adolescencia, el cual se encuentra a partir del artículo 141, donde se establece un proceso expedito para la resolución de las solicitudes de restitución de personas menores de edad, mismo que debe de cumplir los requisitos propios de la Convención, así como, debe de velar por el respeto de los plazos que establece la misma, a saber: seis semanas (un máximo de cuarenta y dos días naturales) para la resolución en dos instancias, (artículo 2 y 11 de la Convención).

Asimismo, se ha determinado jurisprudencialmente, el apego a los principios de subsidiaridad, celeridad, oficiosidad, gratuidad, flexibilidad y apego al bienestar superior de la persona menor de edad que se encuentran presentes en ambas convenciones ⁸⁰, para con ello asegurar la pronta restitución de derechos violentados por la sustracción o retención ilegal de la persona menor de edad.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia, se estableció un procedimiento especial para la restitución internacional de personas menores de edad sustraídas o retenidas ilegalmente, el cual sigue las reglas de celeridad antes mencionadas, siendo positivizadas en el Libro Segundo, en su capítulo IV. No obstante, el nuevo Código Procesal de Familia introdujo un cambio en cuanto al recurso de apelación, mediante la reforma del artículo 55 bis inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde la instancia competente para conocer en alzada la apelación será la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, lo cual puede generar un severo daño en cuanto a la especialización de la materia y a la celeridad del proceso, tal y como señaló el magistrado Olaso en oficio del 16 de agosto de 2019, mismo que se adjunta en los anexos.

Específicamente, en cuanto a la jurisprudencia nacional, en la materia de restitución internacional de personas menores de edad, la misma ha seguido una línea homogénea en cuanto al apego de los principios que establecen las Convenciones y que deben de tener estos procesos, así en la resolución N° 00800-2012 del Tribunal de Familia, en votación de mayoría, se determinó que el proceso que establecen ambas convenciones sobre restitución, debe ser un proceso subsidiario, mediante el cual, se generan mecanismos idóneos, céleres, para hacer eficaces los derechos de guarda, de interrelación familiar, y los derechos de la persona menor de edad, por tanto, no se debe discutir sobre una posible reasignación de los derechos de guarda o interrelación familiar.

“En otras palabras, ese instrumento internacional “(...) no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En este punto, el principio no

80

Mismos que fueron detallados en la sección C1 y C2 del capítulo segundo.

explícito sobre el que descansa (...) es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el [o la] menor [sic] tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste [sic] ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia -situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía ex - como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución preexistente”⁸¹

Asimismo, se resalta que la subsidiariedad de las convenciones responde a dos necesidades: una de índole procesal y otra de índole sustantiva. La primera delimita el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad como el ámbito de competencia jurisdiccional idóneo para una futura discusión sobre los elementos de la responsabilidad parental, ya que ello facilita el acceso a los medios de prueba para la resolución sobre dichas controversias. La segunda, de índole sustantiva, descansa en la idea ya expuesta, donde se parte de la presunción, de que una autoridad judicial o jurisdiccional, mediante decisión fundada determinó la asignación del derecho de guarda y de interrelación familiar acorde al bienestar superior de la persona menor de edad, por lo que, la violación a dicha decisión conllevaría a la violación de dicho principio.

También, en cuanto al aspecto sustantivo, se ha enfatizado que el irrespeto provocado por la sustracción o retención ilegal, genera una alteración al *status quo* de la persona menor de edad, en el tanto, se le cambian las condiciones vivenciales de manera abrupta, podría provocar al menor sustraído o retenido ilegalmente, problemas de adaptabilidad, como también le podría generar inestabilidad psicológica al ser expuesto a un nuevo ambiente desconocido y verse excluido del ámbito de su cotidianidad.

"...la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores" es el propio menor [sic]. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos

81

Tribunal de Familia. "Proceso de Restitución internacional del menor": voto 00800-2012; 28 de setiembre, 2012. Considerando VI.

profesores y a una familia desconocida".” [PÉREZ-VERA, Informe explicativo... op. cit. p. 6]. La principal afcción recae, entonces, sobre sus derechos a crecer en el seno de su familia y a la y, en última instancia, también se le priva del derecho a que su situación personal y sus relaciones familiares sean definidas por la autoridad a la que le hubiese correspondido conocer del conflicto parental si el ilegítimo movimiento migratorio no se hubiese producido; es decir, por la competente en función de la que era su residencia habitual. Como lo puntualizó la Alta Corte de Auckland, Nueva Zelanda, en la sentencia del 6 de noviembre de 2003 [caso . v. 3 837], la orientación política subyacente en el conduce a sostener que el fuero apropiado para las controversias sobre sus derechos es el tribunal del país donde vivía. En similar sentido se había pronunciado la Corte Suprema de Finlandia en la sentencia del 27 de diciembre de 1996 [caso 151, S96/2489], cuando señaló que uno de sus objetivos es evitar que el foro para la determinación de cuestiones de custodia se cambie a voluntad y que la credibilidad de las alegaciones sobre las características personales del pueda y deba ser investigada más adecuadamente en el estado de residencia habitual. De ahí que, en tales casos y salvo supuestos excepcionales, en los cuales se exime a los Estados de su obligación general de garantizar su retorno inmediato, el interés superior de la persona trasladada o retenida de manera ilícita reside en volver lo más pronto posible al lugar en que habitaba antes de su desplazamiento [...]. En la sentencia 1206/98 del 29 de octubre de 1998, el Tribunal Constitucional Alemán hizo suyo ese criterio cuando argumentó que él se basa en la presunción de que, en general, la restitución inmediata a su residencia anterior es lo mejor para la niña o el niño, puesto que preserva la continuidad de sus condiciones de vida, sin detrimento, claro está, de que, en casos individuales, puede ser refutada. El propósito de esta última regla es lograr un equilibrio adecuado entre sus derechos básicos y los intereses de los padres afectados, por cuanto preserva la jurisdicción originariamente competente para tomar decisiones de custodia y, de ese modo,

82

evita que uno de ellos obtenga una ventaja de facto de la sustracción .

En el mismo sentido, el Tribunal de Familia en sentencia 00841-2017; 28 de setiembre, 2017 de las 09:16 horas, estableció el principio del interés superior del o de la menor como el eje central en todo proceso de restitución internacional de personas menores de edad, donde la autoridad judicial,

previo a aceptar o denegar la solicitud de restitución, ha de valorar que dicho principio no se vea menoscabado, tomando en consideración las condiciones particulares del caso para resolver sobre esta. Así, el operador jurídico o la operadora, con fundamento en los artículos 13 y 20 de la Convención de la Haya, así como, en los artículos 11 inciso b y 25 de la Convención de Uruguay, puede denegar una solicitud de restitución, cuando las condiciones particulares del caso, le lleven a la conclusión de que su aceptación puede comprometer el bienestar de las personas menores de edad involucradas.

Efectivamente, de la sentencia antes mencionada se deduce la relación entre el apego al principio del interés superior del menor y los plazos convencionales para solicitar la restitución internacional, en el tanto, en dicha resolución queda en evidencia la relación que existe entre la estabilidad de las personas menores de edad, la toma en cuenta de su decisión y los plazos que afectan las anteriores, revelando cómo la falta de celeridad puede ocasionar nuevas dinámicas familiares que hagan cambiar de opinión a los menores de edad sobre con quién desean compartir de forma continua.

Lo anterior no es novedoso para el derecho de familia ni para el derecho internacional privado, sino que, existe vasta información sobre el fenómeno de la alienación parental⁸³, mediante el cual se puede explicar el desapego y rompimiento de los vínculos afectivos, de las personas menores de edad, hacia sus progenitores, cuando no tienen contacto durante un determinado periodo temporal; lo que justifica la necesidad de urgencia y celeridad en estos procesos de restitución, así como, justificando los plazos que estipulan las convenciones.

“Ante la problemática que se suscita en virtud de los conflictos de restitución internacional de niños por sustracción o retención ilícita parental, es sumamente necesario e ineludible adoptar por parte de los Estados, procedimientos judiciales prestos y expeditivos, a los efectos de lograr el cumplimiento cierto de la garantía de restitución que consagran los Convenios internacionales suscriptos con miras a la protección internacional de los niños, niñas y adolescentes. sin la debida celeridad, atributo determinante de la validez operativa de los tratados, se frustra el objetivo inmediato de los mismos, causándose graves e irreparables perjuicios a

83

Para más información se puede revisar el compilado de artículos realizados por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, donde se expone de manera detallada el fenómeno de la alienación parental, explicando que la misma se configura como un proceso el cual “...lleva a cabo el padre o la madre, que tiene la custodia de un hijo o hija, e injustificadamente impide las visitas y convivencias con el otro progenitor, causando en el niño o niña un proceso de transformación de conciencia, que puede ir desde el miedo y el rechazo, hasta llegar al odio”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos "Alienación Parental". DF, México: Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, 7.

los más vulnerables”⁸⁴ .

En la misma línea de ideas, la sentencia supracitada, rechaza una solicitud de restitución por haberse presentado fuera de los plazos que estipula la Convención de la Haya, a saber; más de un año después de haber ocurrido la sustracción ilegal, previniendo al solicitante, y a las autoridades administrativas del Patronato Nacional de la Infancia, que el plazo de un año contemplado en el artículo 12 de la Convención de la Haya empieza a computarse desde la sustracción o retención ilícita de la persona menor de edad, y que, en el caso costarricense, solo se interrumpe por la presentación de la solicitud a nivel jurisdiccional y no administrativo.

“Esta solicitud se presentó a estrado judicial hasta el día primero de noviembre del año dos mil dieciséis, momento para el cual el plazo de un año ya había transcurrido, lo que torna la petición extemporánea. Es oportuno reiterar, para que tome nota el Patronato Nacional de la Infancia para casos futuros: el plazo no se interrumpe con la gestión que haga el padre o la madre ante esa entidad, es indispensable la presentación ante los Tribunales de Justicia, porque como se ha insistido, en nuestro país la petición sobre la restitución se decide en sede judicial y no administrativa, como puede ser en otras latitudes”⁸⁵ .

La necesidad de celeridad del proceso ha quedado evidencia, también, en el voto 88-2019 del 1 de febrero de 2019, donde el Tribunal de Familia señaló que la audiencia debe seguir todos los procesos de celeridad posibles, incluido dentro de estos la apelación diferida, por lo cual, los abogados y abogadas, al encontrarse en desacuerdo con una decisión tomada en dicha audiencia, deben de presentar el recurso de apelación sobre dicha decisión, siendo el juez de alzada quien conozca de manera diferida la inconformidad, para que de esta manera no se dilate de manera innecesario el proceso; por lo que, de no presentarse la apelación, se debe entender como precluida dicha posibilidad.

“Ahora bien, teniendo en cuenta que la inconformidad de la parte apelante se

84

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas Corporación Universitaria Remington “Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal: Proceso Garantía y Libertad”. (Medellín, Colombia: Ed. Corporación Universitaria Remington, 2012), 7-8.

85

Tribunal de Familia. “Proceso de Restitución internacional del menor”: Voto 00841-2017; 28 de setiembre, 2017 de las 09:16 horas. Considerando VI.

centra en este rechazo de la prueba pericial, debió interponer el recurso de apelación diferida correspondiente, y al no hacerlo, se considera por parte de esta integración, que el punto está precluido, y, por ende, no es posible abrir nuevamente la discusión sobre el mismo. **Es menester aclarar a las partes y al juzgado de primera instancia, que la tramitación que se le da a los procesos judiciales de restitución internacional es sumarísima, por lo que las posibilidades de impugnación son limitadas y la esencia del proceso es oral.** Prueba de ello es que en la audiencia se resolvió el tema de la prueba pericial en concreto y, oralmente, se interpuso el recurso de revocatoria indicado, el cual fue resuelto. En ningún momento, se interpuso el recurso de apelación en contra de lo resuelto por la juez, que era lo procedente, si se quería que el asunto fuese conocido por el Tribunal de alzada. Cabe recordar, que ello, las impugnaciones que se puedan dar en la diligencia dicha se admiten en el efecto diferido. Es decir, se admite el recurso, se continúa con los procedimientos, hasta el dictado de la resolución de fondo, y en caso de apelarse ésta última, el superior conocería

ambos recursos (el diferido y el final)”⁸⁶ . (Subrayado no es del original).

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico costarricense, optó, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia, por adaptar el procedimiento de urgencia, establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, para la resolución de las solicitudes de restitución internacional de personas menores de edad, y así poder hacer frente a las obligaciones contraídas a través de la Convención de la Haya. Asimismo, el nuevo Código Procesal de Familia -obviando las dificultades de la apelación antes mencionada- mantiene la obligación de celeridad, subsidiaridad y demás principios necesarios para el alcance de la eficacia de las convenciones.

Todo lo anterior ha sido ratificado por diversos pronunciamiento de la Sala Constitucional, entre los cuales se puede mencionar las sentencias: número 2018-8878 de las 11:01 horas del 5 de junio de 2018, la sentencia 2017-2800 de las 09:30 horas del 24 de febrero de 2017, la sentencia 2008-015461 de las 15:07 horas del 15 de octubre de 2008 y la sentencia 2011-12458 de las 15:37 horas del 13 de setiembre de 2011; mismas que han dejado en evidencia la necesidad de respetar los principios que consagran ambas convenciones internacionales, debiendo actuar, tanto las autoridades administrativas o judiciales, en total apego a ellas.

86

Tribunal de Familia. “Proceso de Restitución internacional del menor (Haya)”: Voto 88-2019; 1 de febrero, 2019 de las 10:55 horas, considerando segundo.

Así, en la sentencia N° 2800 - 2017 de las nueve horas treinta minutos del veinticuatro de febrero de dos mil diecisiete, se determinó la necesidad de resolver en plazos ágiles los procesos de restitución internacional de personas menores de edad, ya que el incumplimiento de dicha necesidad incide de manera directa en los intereses del menor sustraído o retenido ilegalmente.

“Según los dictámenes referidos, en Costa Rica la menor se ha incorporado a diferentes espacios sociales, que le han permitido desenvolverse de manera integral según su etapa evolutiva, participando del sistema educativo formal, asistiendo a una iglesia y compartiendo con su grupo de pares, de manera tal que ha logrado construir y consolidar lazos afectivos significativos (siendo su principal red de apoyo la progenitora) que le han permitido satisfacer sus distintas necesidades y sentirse feliz en este país, sin externar sentimientos de tristeza o añoranza por su país natal. Más bien, se siente parte del país y se quiere quedar acá. En ese sentido, según los informes técnicos, la menor cuenta con desarrollo evolutivo psicomotor, cognoscitivo, de lenguaje, hábitos y socio-afectivo, dentro de límites esperados para su edad, evidenciando las capacidades necesarias para expresar su posición frente a diferentes situaciones experimentadas en su vida cotidiana y en el actual proceso judicial. Por lo expuesto, con independencia de las razones por las cuales su estadía se ha prologando, resulta claro y evidente, según la prueba pericial evacuada, que la niña ha alcanzado una estabilidad en su desarrollo que le beneficia, la cual se vería interrumpida con una eventual orden de restitución internacional a Colombia. Además, la menor en Costa Rica cuenta con un grupo familiar y un vínculo materno-filial positivo, que han constituido figuras significativas de apoyo, protección y contención afectiva. En consecuencia, conforme a lo expuesto, esta Sala concluye que dada la situación descrita, a la luz del Principio del Interés Superior del Menor, lo procedente es optar por la solución que más beneficie a la menor tutelada, lo que implica la aplicación del artículo 20 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Según dicho ordinal, la restitución del menor podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁸⁷ .

Por otro lado, de dicha cita se puede apreciar el especial énfasis que realizan los jueces y las juezas constitucionales al principio del interés superior de la persona menor edad, el cual, tal y como lo establecen la Convención de Uruguay en sus artículos 11 inciso b y artículo 25, así como la Convención de la Haya en sus artículos 13 y 20, resuelven teniendo en consideración las necesidades propias de la persona menor de edad, y las implicaciones que tendría para la decisión de restituirle a su país de residencia habitual.

Nótese, que tanto la jurisprudencia del Tribunal de Familia como la de la Sala Constitución, han sido constantes en manifestar que el análisis del interés superior del menor debe de realizarse siempre, y no de manera excepcional, por lo que toda solicitud de restitución internacional ha de velar por el apego de dicho interés al caso concreto.

En el mismo sentido, en sentencia 08878 de 2018, se dispuso la necesidad de resolver todos los procesos de restitución con la mayor celeridad y agilidad posible, haciendo la acotación, de que, las dilataciones procesales no pueden ser reprochables a la persona solicitante, y que las mismas no pueden generar un derecho en favor de la persona sustractora, por lo que, no se puede alegar nuevo domicilio ni estabilidad emocional de la persona menor de edad por la duración del proceso, sino que, el juez debe resolver con todo el material probatorio que se le presenta o solicita, intentando dar una respuesta acorde a la situación particular.

“...en primer lugar, que se tiene por acreditado que el proceso fue iniciado dentro del plazo de un año que establece el Convenio, por lo cual procedía la restitución inmediata del menor. De otra parte, en segundo lugar, no se aprecia que la excepción de la integración del menor al medio sea aplicable en el presente caso, pues, aunque el menor se ha adaptado a las nuevas circunstancias y cultura, esto ha ocurrido como producto de la dilación en la tramitación del proceso judicial, el cual ha excedido los plazos establecidos en el propio Convenio que dio origen al proceso, lo cual no debe traducirse en un beneficio para la persona que promovió la retención del menor. En tercer lugar, en cuanto a la posibilidad que el menor enfrente una situación intolerable o de grave riesgo en caso de regreso, se debe indicar que, no acreditó que el menor sea víctima de agresión psicológica o física por parte de su padrastro, lo cual fue considerado por la autoridad jurisdiccional de primera instancia, que al valorar la prueba consideró que la versión del menor se trata de la manipulación de su padre quien procura que el menor permanezca bajo su custodia en el país. Adicionalmente, la autoridad jurisdiccional indicó que,

de la interpretación del Convenio, lo procedente es acoger la excepción del artículo 13 inciso b), únicamente, cuando la violencia haya sido denunciada en el país del domicilio habitual de la persona menor de edad, o cuando ante la gravedad de los hechos, la persona sustractora se viera obligada a salir del país como única medida para evitar un riesgo en su vida o la de la persona menor de edad, lo cual, ciertamente, no ocurrió en el caso concreto. En este punto, es importante mencionar que, en los informes y valoraciones parcialmente transcritas, también se ha indicado que, el señor Ráster, tampoco se ha comportado tan eficiente en su rol parental, como para excluirle de propiciar riesgos para su hijo, al exponerlo sobre todo a ambientes nocivos para un niño, recomendársele que acuda al IAFA (Instituto de Farmacodependencia) y que las modificaciones de su conducta, respecto a la parentalización, no hayan sido de su propia iniciativa, sino de parte de las especialistas del PANI. Por último, valora este Tribunal que si bien el menor ha manifestado su deseo que estar con su padre, como lo ha indicado en las respectivas valoraciones, lo cierto es que se trata de una condición obvia al permanecer al lado de este durante el más de un año en una zona donde goza de la oportunidad de ir a la playa cotidianamente, estar en contacto con la naturaleza, salir de la rigidez de un hogar donde se le imponían límites y estar ahora en un lugar donde tiene un mayor disfrute de su "libertad", sin horarios e incluso en actividades distintas, como acompañar a su padre a conciertos nocturnos. El regresar a Francia, quizás no le resulta tan atractivo. En razón de las anteriores consideraciones, lo procedente es desestimar el proceso en cuanto a este extremo, con lo cual este Tribunal respalda lo resuelto por parte de las autoridades jurisdiccionales accionadas y no aprecia que, en el caso concreto, exista alguna vulneración de los derechos fundamentales del menor amparado en cuanto al proceso de restitución internacional, con excepción de la ya indicada dilación del proceso judicial”⁸⁸ .

Lo anterior tiene relación con lo manifestado en la sección A del segundo capítulo de la presente investigación, en el tanto, se evidencia que la voluntad de la persona menor de edad no es sinónimo del cumplimiento del principio de bienestar superior del o de la menor, sino que, la autoridad judicial o jurisdiccional debe realizar un análisis sistemático de todos los elementos probatorios del

88

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Recurso de hábeas corpus: Voto 08878 – 2018 de las 11:01 horas del 05 de junio de 2018.

caso, para determinar si dicha voluntad del menor es acorde a los verdaderos intereses de este, o si por el contrario, el respeto a su voluntad, significaría una puesta en riesgo para su integridad.

“...el propio joven ha manifestado que prefiere estar con su padre, y en la edad en que se encuentra, es la legislación de la niñez y adolescencia la que establece una jerarquía normativa que impone el deber de escuchar y atender los motivos de las personas sujetos de derecho a quienes debe reconocerse la facultad de decidir sobre sus propias cuestiones, salvo la existencia de causas mayores de riesgo o peligro ante las cuales los juzgadores deberán posponer la atención a la voluntad de la persona menor”⁸⁹

Así las cosas, la práctica judicial ha reflejado el compromiso de respetar los cánones convencionales, al ajustar las solicitudes de restitución a los principios que establecen dichos textos internacionales, como también ha optado por dar la sistematicidad que tienen dichos cuerpos normativas con la Convención de los derechos del Niño y de la Niña, al asegurar una resolución armoniosa al interés superior de la persona menor de edad.

Una vez analizado el tratamiento jurisprudencial sobre las solicitudes de restitución internacional, se abordará la relación que existe la asignación del derecho a la interrelación familiar internacional, y la protección que pueden dar las convenciones cuando se violenta la asignación de tal derecho por medio de una sustracción o retención ilegítima, generando de esta manera un vínculo entre los beneficios que proveen las convenciones y los riesgos que implica una aceptación de un régimen internacional cuando se carece de ellos.

89

Tribunal de Familia, sentencia 119-07 de las catorce horas cincuenta minutos del veinticuatro de enero del 2007, citado por la Procuraduría General de la República, “Informe de la Procuraduría General de la República: presentado el 29 de enero de 2010”, expediente 10-001493-0007-CO, Considerando III.

Sección A. Análisis sobre los problemas que implica aceptar un régimen de interrelación familiar internacional cuando un país no ha suscrito la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores como garantes del derecho de guarda en una realidad internacional:

Siguiendo la línea argumentativa de la investigación, el juez o la jueza o autoridad administrativa que aprueba un régimen de interrelación familiar, indistintamente si tiene elementos de extranjería, debe de valorar todos los elementos de prueba que se le presentan, como también debe de traer al proceso como, parte de sus facultades inquisitivas de ordenación y dirección, las pruebas que considere necesarias para así poder velar el cumplimiento del principio del bienestar superior de la persona menor de edad. Efectivamente, el instituto de la interrelación familiar se constituye como un derecho en favor de la persona menor de edad y no a favor del padre, de la madre o familiares, por lo que la decisión de aprobación de dicho régimen o sistema debe estar sustentada en completa congruencia a los intereses del beneficiario de dicho instituto, a saber, la persona menor de edad y no del o de la titular.

Siguiendo lo estipulado en el capítulo segundo, dentro de los elementos que debe procurar analizar la autoridad competente para llegar a la decisión final de aprobar, modificar o denegar el régimen de interrelación familiar, se encuentran los antecedentes de quien lo pide; ante esto se debe procurar una investigación sobre la aptitud del solicitante o de la solicitante del régimen, entendiendo por la misma, los antecedentes personales que podrían poner en riesgo al menor, como lo pueden ser antecedentes de violencia, drogas, y cualquier otro que pueda poner en peligro a la persona menor de edad. Lo anterior no significa la exclusión de la persona con antecedentes de la posibilidad de ser titular del derecho de interrelación familiar, sino que, significará la adaptación de dicho sistema de relación al caso concreto, como lo puede ser la estipulación de visitas supervisadas, ya sea, con el titular del derecho de guarda o con una autoridad profesional que acompañe el proceso de relación.

La anterior posibilidad no es novedosa en la práctica judicial internacional ni en la práctica judicial costarricense, sino que, se ha advertido que la interrelación familiar supervisada permite un acercamiento entre la persona menor de edad y su progenitor o progenitora, fortaleciendo lazos afectivos dañados, por lo que su propósito, (el fortalecimiento de lazos afectivos) tiende al avance progresivo del régimen supervisado hacia regímenes más flexibles y abiertos.

“Desde su experiencia se utilizan cuando hay orden de alejamiento entre los

progenitores o cuando hay malas relaciones entre los progenitores” y propone como ejemplo la reanudación de relaciones entre el menor y su progenitor, cuando las mismas han estado interrumpidas por largo tiempo o la existencia de enfermedades de tipo psiquiátrico, alcoholismo, toxicomanías o adicciones en el progenitor custodio que, por el estado en que se encuentran, generen un riesgo razonable de peligro o daño, físico o psíquico, para el menor en ocasión de las visitas o en caso de padres con enfermedades o en los supuestos no comprobados, de denuncia de maltrato o abuso sexual cometidos sobre el menor por parte del progenitor no custodio, o cuando hay malas relaciones entre el progenitor no custodio y el menor, siempre con la finalidad de instaurar un régimen progresivo iniciado con visitas tuteladas, o como elemento de pre constitución de prueba en caso de incumplimientos reiterados del régimen de visitas por parte del progenitor custodio, o donde tienen lugar las visitas de los abuelos u otros parientes cuando el progenitor de su línea tiene suspendido o restringido el régimen, o finalmente, ante el riesgo de sustracción internacional del menor por el progenitor no custodio aprovechando los periodos en que le corresponde tener consigo al menor en cumplimiento del régimen de visitas y estancias establecido”⁹⁰ .

Así, el juez o la jueza de familia valora el caso concreto para optar por la respuesta que beneficie mejor a la persona menor de edad, y así establecer un sistema de interrelación que lo favorezca siempre y que dependerá de las condiciones subjetivas y objetivas de la persona solicitante del régimen de interrelación.

De esta manera se puede desglosar dos condiciones genéricas que debe valorar el juez o la jueza de familia cuando se solicita un régimen de interrelación familiar: Una subjetiva que verse sobre las calidades, antecedentes y comportamiento del solicitante o de la solicitante, y una objetiva, la cual versaría sobre las condiciones materiales donde se desarrollaría el régimen de interrelación. Entre las condiciones subjetivas se pueden mencionar, de manera ejemplificativa, los antecedentes de violencia, antecedentes por uso de drogas, incumplimientos de regímenes previamente estipulados, antecedentes psiquiátricos, intentos de sustracción o retención ilegal de la persona beneficiaria del régimen de interrelación, entre otras. Por otro lado, las condiciones objetivas versarían sobre las circunstancias propias del lugar donde se desarrollaría el régimen, tal y como puede ser: la

90

Diana Carolina Alvarado León, “El interés superior del niño y el régimen de visitas en la legislación ecuatoriana en el Distrito Metropolitano de Quito, año 2016” (Tesis para optar por el grado de Abogado, Universidad Central Del Ecuador Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, 2016), 72-73.

insalubridad y peligrosidad del lugar donde se ejercitaría este derecho, así como, la dificultad de retorno con el titular del derecho de guarda, y todos aquellos aspectos relacionados con el entorno que puedan poner en riesgo la integridad de la persona menor de edad.

Precisamente, el lugar donde se ejercerá el de derecho de interrelación familiar, se encuentra entre las condiciones objetivas que debe valorar la autoridad judicial para resolver sobre la solicitud de dicho régimen, en el tanto, las condiciones del lugar pueden afectar los derechos de la persona menor de edad de forma negativa, ya sea por la insalubridad de dicho sitio, las dificultades de acceso, o cualquier otra que pueda incidir de manera negativa en el ejercicio del derecho de interrelación y en los derechos de la persona menor de edad.

La aplicación de un régimen de interrelación familiar supervisado o un régimen con modificaciones de ejercicio se presentan como soluciones idóneas para disminuir los riesgos que signifique la existencia de condiciones subjetivas u objetivas en el caso concreto, así como, los poderes del juez o de la jueza de familia para resolver conforme al principio del derecho de familia denominado solución efectiva⁹¹, faculta al juez, de modificar las pretensiones de las partes involucradas en el proceso familiar, y otorgar una solución que sea más acorde a la situación fáctica, como lo puede ser: establecer visitas supervisadas, establecer horarios y espacios determinados donde se ejercite la interrelación familiar, o buscar cualquier otra que considere pertinente al caso, como asignar a una tercera persona familiar para que observe la visita.

Bajo estos supuestos, el juez o la jueza puede denegar un régimen de interrelación cuando considere que el bienestar de superior de la persona menor de edad se encuentre en riesgo, teniendo la posibilidad de modificar las pretensiones, para que así, no se rompa el vínculo entre el progenitor o la progenitora y la persona menor de edad y se pueda asegurar el bienestar de este último.

“No queda inadvertido para este Tribunal Colegiado la salvedad establecida en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido de que la separación de los niños de uno o ambos padres se puede justificar cuando la convivencia de los primeros con estos últimos resulte más perjudicial que

91

Este principio puede encontrarse en jurisprudencia del Tribunal de Familia como lo son las sentencias No. 1890-04 de las once horas veinte minutos del tres de noviembre del dos mil cuatro y sentencia No. 81-05 de las nueve treinta minutos del veintiséis de enero del dos mil cinco; así como en Benavides Santos, Diego. Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general. (Once tesis sobre el Derecho Procesal de Familia). Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, 2008, 74.

benéfica para su normal desarrollo”⁹²

Específicamente, cuando el régimen de interrelación se ejerciera fuera de la jurisdicción costarricense, el juez o la jueza de familia debe de prestar especial atención a las condiciones particulares del caso, observando las condiciones subjetivas y objetivas ya mencionadas, para tener indicios suficientes mediante los cuales, pueda creer que dichas visitas serán respetadas y que el o la menor de edad volverá al país junto al titular del derecho de guarda.

En las condiciones subjetivas que puede apreciar el juez o la jueza al otorgar un régimen de interrelación con elementos de extranjería, se puede mencionar los antecedentes de cumplimiento que tenga el solicitante, donde un indicio importante para modificar la solicitud o denegarla es la existencia de sustracciones o retenciones ilegales que haya cometido dicho solicitante, así como, antecedentes de violencia que se haya ejercido en contra del titular del derecho de guarda o de la persona menor de edad.

Efectivamente, un indicio significativo para valorar las solicitudes de un régimen ejecutable en el extranjero son los antecedentes de dicha persona solicitante, donde historiales de sustracción deben de ser tomados en consideración para la reasignación de dicho derecho de relación. Nótese que el artículo 56 del Código de Familia permite la reevaluación, por parte de los jueces y de las juezas, de todas las solicitudes en cuanto a cambios en el régimen de interrelación y en cuanto a los aspectos personales de la responsabilidad parental, por lo que, aun existiendo precedentes de incumplimientos a un régimen de interrelación, no imposibilitaría la nueva solicitud y nuevo otorgamiento de dicho derecho, aunque dicho incumplimiento fuese la sustracción o retención ilícitamente de una persona menor de edad, por lo que el juez o la jueza debe ser vigilante de estas condiciones para evitar que se vuelva a cometer dicha actuación ilícita y violatoria a los derechos de la persona menor de edad y del titular del derecho de guarda.

Ahora bien, lo anterior no significa la denegación *a priori* de una solicitud realizada por una persona con antecedentes de incumplimiento, sino que, le implica al juez una labor de evaluación particular sobre dicho caso, teniendo como posibilidad el otorgamiento de un régimen de interrelación diferente al solicitado, como puede ser, el otorgar espacios de relación electrónicos, o

92

Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, septiembre de 2009, p. 3112, Tesis: I.3o.C.744 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil. Registro No. 166463, citado por Comisión Nacional de los Derechos Humanos "Alienación Parental". DF, México: Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, 34.

en el lugar habitual de la persona menor de edad; teniendo en consideración, que por la naturaleza misma del régimen, el mismo irá progresando hasta que se pueda permitir que la persona menor de edad pueda volver a salir de su residencia habitual para interrelacionarse con el solicitante.

Todo lo anterior no es novedoso en la doctrina del derecho de familia, sino que, las exigencias y limitaciones antes mencionadas, han sido abordadas desde la jurisprudencia nacional como desde la doctrina internacional, donde se ha resaltado la obligación que tiene el juez o la jueza de familia de valorar el caso concreto, para determinar la permisibilidad del régimen de interrelación, o si por el contrario, debe modificarlo o denegarlo.

“...criterio rector de la determinación judicial: la protección del interés superior del menor, criterio discrecional que obliga al juez a fundamentar su decisión, considerando además, la finalidad del derecho de relación, los intereses de las partes, las circunstancias materiales y evitar daños innecesarios (propiciando estabilidad de los hijos y de sus circunstancias, acomodación de relación al caso concreto, voluntad del menor y de los hermanos si estuvieren separados). Factores o circunstancias influyentes en la determinación judicial: edad de los menores, el estado de salud y otras circunstancias personales, historia de apego/desarraigo y de afecto con el progenitor no custodio, actividades diarias y habituales, la situación de los domicilios o residencias, los antecedentes delictivos, psicológicos, patológicos o adictivos del progenitor no custodio, violencia doméstica, las nuevas relaciones afectivas o convivenciales de los padres, las malas relaciones entre los padres”⁹³ .

En cuanto a las condiciones objetivas que debe de apreciar el juez o la jueza, se encuentran la salubridad del lugar donde se ejecutará el régimen de relación, la seguridad del lugar, posibles exposiciones a situaciones no aptas para la persona menor de edad, como lo pueden ser: escenarios con violencia familiar o de cualquier especie, exposición a drogadicción, pornografía, entre otros factores que pueden incidir de manera negativa al desarrollo integral del niño o de la niña.

Siguiendo la línea antes diseñada, dentro de las condiciones objetivas de riesgo se puede incluir la aprobación de un régimen de interrelación internacional donde dicho país no haya firmado ningún

93

Carolina Díaz Lisboa, “Derecho de Relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio”, *Revista Familia y Derecho*, No 1 Universidad Gabriela Mistral – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Primer semestre 2017) 138.

Tratado Internacional de restitución de personas menores edad, ya que, tal y cómo se expuso *supra*, dichas Convenciones aseguran un procedimiento expedito, como también generan institutos que permiten la restitución de dicha persona.

Efectivamente, las convenciones sobre restitución parten de la presunción, *iuris tantum*, de que al titular del derecho de custodia –guarda- le fue asignado dicho derecho después de una valoración del bienestar superior del menor, por parte de las autoridades competentes, por lo que, el quebranto de dicha asignación implica dañar el bienestar de la persona menor de edad. Asimismo, el traslado a un país donde se haya firmado alguna de las dos convenciones de restitución reafirma la concurrencia valores legislativos y judiciales entre dichos Estados, en el tanto, ambos se obligaron, de forma previa, al acatamiento de dichos textos, como de los valores que en ellos se estipulan.

Por el contrario, el otorgamiento de un régimen de interrelación familiar internacional que se vaya a ejecutar en un país donde no se haya firmado ninguno de los dos tratados internacionales sobre restitución, genera un riesgo mayor a la eficacia de la sentencia judicial, acuerdo o decisión administrativa que otorgó el derecho de guarda, y por lo tanto, se genera un riesgo al bienestar superior del menor -previamente designado mediante la asignación del derecho de guarda- como también genera un riesgo al principio de tutela judicial efectiva, en el tanto, se pierden los mecanismos protectores de dichas convenciones, y se debe recurrir a las regulaciones del derecho internacional privado de cada país.

Efectivamente, al no existir una legislación internacional común entre el Estado solicitante y el Estado requirente, se debe de apelar a los principios del derecho internacional privado interno de cada uno de estos Estados, mismo que puede implicar la sujeción a normas que son notoriamente disimiles al ordenamiento democrático y a un Estado social y democrático de derecho cuya base de protección se simiente en los derechos humanos.

“Encaramos este análisis con un límite - si se quiere - territorial. La actitud deviene de la referencia a las declaraciones que, aunque intituladas “universales”, emanan exclusivamente de la cultura occidental. Bien se conoce vgcia., que en el caso del “Islam”, estas declaraciones y acuerdos no son aceptados al no ser una sociedad laica, consecuencia de lo cual, dicta sus propias disposiciones y declaraciones referidas a los DDHH. Existe así: la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos (UNESCO, Paris, 1981). Las divergencias con la Declaración elaborada en el mundo occidental son infranqueables, pues sólo por

mencionar algunos ejemplos, la Declaración Islámica hace fe de la libertad de credo, pero como contrapartida, retiene de forma implícita, la pena de muerte por apostasía; afirma la igualdad, si bien la mujer queda sometida en el ejercicio de sus derechos a “la ley”. O sea que el documento proviene de la ley religiosa que lo fundamenta y le otorga legitimidad; los derechos que se proclaman son entonces los derechos del hombre musulmán y no de la persona humana a nivel

94
universal” .

Lo anterior lleva al centro de la presente investigación, en el tanto, se ha venido señalando la importancia que tienen las Convenciones de restitución, ya analizadas líneas arriba y su relación con los principios de bienestar superior del menor y de tutela judicial efectiva; donde los textos convencionales aseguran mínimos de cooperación para hacer efectivos los principios antes mencionados, así como, responden a valores propios de sociedades democráticas, cuya bases descansan en Estados respetuosos a los derechos humanos y un marco de legalidad, siendo ejemplo de ello, las denegatorias de restitución, las cuales se hacen al amparo de las propias normas convencionales, justificándose, siempre, en posibles violaciones a derechos humanos de la persona menor de edad, específicamente, al principio de bienestar superior del menor de edad.

Así, la realidad internacional presenta varios escenarios posibles para el abordaje de una restitución internacional de personas menores de edad: una donde, tanto el país solicitante como el país solicitado han firmado alguna de las dos convenciones, otro escenario donde solo uno de los Estados ha firmado alguno de los convenios mientras que el otro no lo ha firmado ni ratificado, y otro escenario donde ninguno ha firmado ni ratificado dichos convenios. En el primer escenario, las autoridades se rigen por las normas de dichas convenciones y resuelven la controversia con las disposiciones ahí plasmadas. En el segundo supuesto se pueden presentar dos soluciones: El Estado que ha firmado alguna de las Convenciones puede aplicar dichas normativas para hacer efectiva la restitución, pero no puede obligar al Estado contraparte a aplicar el Convenio; o la segunda solución es que por el Estado firmante puede aplicar la normativa de derecho internacional privado interna para dar solución a la controversia, en el tanto, no se encuentra obligado a aplicar el Convenio con un Estado no parte del mismo. En el tercer supuesto, donde ningún Estado ha firmado convenio alguno, se debe de aplicar la normativa de derecho internacional privado interno para dar solución a

la controversia.

“Artículo 1 La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”⁹⁵.

La gran ventaja que se presentan en las situaciones internacionales privadas circunscritas en supuestos convencionales es la seguridad jurídica que tienen las partes involucradas, ya que, tienen claro las normas procesales y sustanciales que les será aplicadas al caso concreto, sin tener que recurrir a las normas de conflicto del derecho internacional privado interno para determinarlas

Si bien se discute doctrinariamente sobre los alcances del derecho internacional privado se ha sostenido, en el ordenamiento jurídico costarricense, que dicha rama opera sobre la determinación de competencia judicial, arbitral, como en las reglas sustanciales que deben aplicarse a dichas situaciones internacionales privadas.

“...las decisiones de la Sala Constitucional, la inclusión de Costa Rica como integrante de organizaciones internacionales especializadas en Derecho Internacional Privado y las opiniones de varios autores, se desprende que en la actualidad el Derecho Privado costarricense incluye tres campos: la competencia internacional, judicial y arbitral, sobre casos privados que contengan elementos extranjeros; el Derecho aplicable a tales casos, y el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras, incluyendo decisiones arbitrales, medidas cautelares, recolección de pruebas y notificaciones en asuntos civiles y comerciales”⁹⁶.

95

Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, “Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado”, Organización de los Estados Americanos: art. 1, consultados el 15 de julio, 2019, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>

96

Jorge Francisco Sáenz Carbonell, *Elemento de Derecho Internacional Privado*. (San José, Costa Rica: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica. Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta, 2016), 14.

Ahora bien, la gran diversidad de normas de derecho internacional privado interno, entendidas estas como las normas internas que cada Estado se autoimpone para regular situaciones privadas con elementos de extranjería, y el gran acervo normativo de fondo que rige a los diversos Estados, se vuelven en las condiciones idóneas para que determinados sujetos intenten evadir la aplicación de una norma que les desfavorezca, o para buscar en otro sistema normativo, una decisión más acorde a sus intereses mediante la internacionalización de la situación particular.

Cuando se realiza la operación antes mencionada, se configura lo que la doctrina del derecho internacional privado denomina como fraude a ley, donde, la internacionalización de relaciones humanas, se utiliza como excusa para evitar la aplicación de una norma en específico, y obtener, gracias al nuevo lugar que vaya a resolver sobre el asunto, un beneficio contrario al ordenamiento jurídico donde debió haberse resuelto dicha controversia originalmente.

“El método utilizado para realizar el fraude a la ley es el que se conoce como el método conflictual tradicional, que nos permite saber la ley aplicable a una relación jurídica privada internacional, o en palabras de Leonel Pérez Nieto: “...el método conflictual tradicional es un procedimiento mediante el cual de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional o interestatal en el ámbito nacional, con la aplicación del derecho que dará respuesta directa”. Como se mencionó en el párrafo anterior, el medio para lograr hacer el cambio de una ley más benéfica es a través de las normas conflictuales, pero para poder hacer uso de la ley que brinde más beneficios, primariamente se debe establecer un punto de conexión que permita utilizar esa norma sustantiva extranjera. Es aquí entonces, donde se comete fraude a la ley de manera intencional, lo que lleva consigo una manipulación indebida de la norma, por lo que cambiando los puntos de conexión se busca evitar normas que deben ser respetadas con base en el principio de orden público o la competencia de un foro en específico”⁹⁷ .

Lo anterior representa para el operador jurídico o para la operadora jurídica un desafío, mediante el cual debe de estar obligado a revisar de forma minuciosa del caso particular para determinar cuál

97

Alexis Aguilar Domínguez, “La delgada línea entre el forum shopping y el fraude a la ley”, *Revista de Derecho Privado Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM*, No 13 Universidad Nacional Autónoma de México – Facultad de Derecho. (Primer semestre 2018) 67-68.

normativa de fondo y de forma será de aplicación a dicha situación jurídica internacional, para que así, dicho operador, no se constituya un medio para la realización y formalización de tráficós jurídicos internacionales que tienden al *fraude lege*.

En ese contexto la revisión de solicitudes de interrelación familiar que pretendan ser ejercidas en el extranjero, deben contener un análisis estructurado sobre posibles indicios que puedan presuponer alguna clase de intención, por parte del solicitante, de realizar un *fraude lege*, así como, de las facilidades que le puede presentar el Estado extranjero para el alcance de dicho fin ilícito; todo ello, al amparo del análisis sobre las condiciones objetivas y subjetivas antes explicadas.

La anterior problemática ha quedado evidenciada por diversos informes de la OEA, donde se señala la relación que tiene la premeditación del sustractor o de la sustractora y la escogencia del Estado donde se ejecutará la sustracción o retención ilegal, en el tanto, la acción ilícita sitúa al ejecutante o a la ejecutante en una “...posición ventajosa en relación al otro progenitor, pues ha elegido mediante esa actuación, una jurisdicción que él cree será más indulgente ante su situación familiar”⁹⁸.

El Estado japonés es un ejemplo claro de lo anterior, en el tanto, dicho Estado, antes de firmar la Convención de la Haya sobre sustracción internacional de personas menores de edad en el año de 2013, había sido objeto de múltiples críticas por la complacencia con la que respondía ante este fenómeno ilegal, puesto que consolidaba derechos a los sustractores o las sustractoras, ya que su normativa interna permitía la reevaluación sobre los atributos de la autoridad parental, lo que posibilitaba al sustractor o sustractora la consolidación de derechos previamente definidos en otro Estado diferente al japonés.

En concordancia a lo anterior, las leyes familiares del país asiático asignaban los atributos de la autoridad parental al solicitante o a la solicitante de nacionalidad japonesa, lo que significó un incentivo perverso para que los padres o madres de dicha nacionalidad sustrajeran o retuvieran a sus hijos e hijas de manera ilegítima para posteriormente configurar un nuevo derecho de guarda, así como, sobre los demás atributos de la autoridad parental.

98

Instituto Interamericano del Niño IIN Organización de Estados Americanos OEA, “Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales; 05 de junio, 2001”, consultado 28 de marzo, 2019, http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Informe_situacion_sustraccion_internacional_de_menores.pdf

“...en Japón, tras un divorcio, solo uno de los progenitores obtiene la patria potestad del hijo. No existe el concepto de custodia y no se otorgan derechos de visita a menos que lo consienta el progenitor que tiene la patria potestad. Por ello, los expertos señalan a este país como el más complicado para solventar una sustracción internacional de menores. Los cientos de padres perjudicados prefieren definirlo como un "refugio seguro para el secuestro de menores". En cualquier caso, desde 1952, año del primer registro al respecto, ni un solo menor ha sido devuelto por Japón. Otros tres padres españoles se encuentran en situación parecida a la de José María Cacho. Y 269 menores estadounidenses han sido "secuestrados o retenidos ilegalmente" en Japón desde 1994, según el departamento de Estado. [...] Los padres extranjeros que residen en Japón no lo tienen mucho mejor pues los tribunales del archipiélago otorgan, salvo excepciones, la patria potestad a los nipones. Una tendencia que no varía pese a que los matrimonios entre japoneses y foráneos han aumentado un 40% desde 1990; en 2006 hubo 17.000 divorcios de este tipo y se calcula que anualmente nacen 20.000 niños de matrimonios mixtos”⁹⁹ .

Todo lo anterior generó una fuerte presión diplomática sobre el Estado de Japón para que firmara y ratificara la Convención, ya que las condiciones que se presentaban allí hacía ilusorio cualquier permiso temporal salida hacia dicho país, en el tanto no existía mecanismo alguno que diera la mínima seguridad jurídica de que la persona menor de edad volviera a su lugar de residencia habitual junto al titular del derecho de guarda o de interrelación familiar.

“...conscientes de que Japón no era parte del Convenio de La Haya y de que las autoridades judiciales japonesas desoían las peticiones de auxilio judicial de sus homólogas extranjeras, los tribunales de algunos países comenzaron a denegar las autorizaciones de salida temporal de niños de origen japonés por temor a que, una vez trasladados a Japón, su retorno resultara imposible. A ello hay que sumar también algunos casos de extranjeros residentes en suelo nipón que, conscientes de que Japón no era firmante del Convenio, sustraían también a los niños para trasladarlos a su país de origen, en la confianza de que su devolución a Japón

99

El País, “Reportaje: Padre sin derechos Japón se quedó con mi hijo”; 07 de noviembre, 2010”, Madrid, España, consultado 30 de noviembre, 2018, https://elpais.com/diario/2010/11/07/domingo/1289105557_850215.html

resultaría prácticamente imposible¹⁰⁰ ”

El anterior ejemplo permite entender la importancia que tiene el deber del juez y jueza de analizar tanto los presupuestos objetivos como subjetivos de la solicitud de interrelación familiar internacional, ya que su no valoración, siguiendo la línea argumentativa de la presente investigación, podría llevar a una sustracción o retención ilegal, misma que implica la violación directa a los derechos de la persona menor de edad víctima de dicha actuación ilícita, así como, la violación del derecho de guarda y la violación al principio de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica. Será en la siguiente sección donde se revisen casos análogos al Japón, donde se ha denegado la restitución o permiso de salida por los riesgos que ello implica.

Sección B. Análisis de jurisprudencia internacional: Una ilustración del problema:

La decisión de otorgar o permitir el ejercicio de un régimen de interrelación familiar en el extranjero debe tomar en cuenta el bienestar superior de la persona menor, lo cual significa, que la autoridad judicial o jurisdiccional ha de analizar las condiciones particulares del caso para llegar a tomar la decisión final, ya sea permitirlo, denegarlo o modificarlo.

Lo anterior no es novedoso en cuanto a los requisitos de fundamentación que ha de tener una resolución final que otorga, deniega o modifica un régimen de interrelación familiar ordinario, de la persona menor de edad, pero sí es novedoso en cuanto a los presupuestos objetivos que pueden justificar la denegatoria o modificación de dichas solicitudes, siendo en el ámbito internacional donde se han generado casos donde el lugar de ejecución ha influencia de manera significativa para la toma de dicha decisión. Así que, la presente sección, pretende evidenciar, mediante el análisis de jurisprudencia internacional, lo antes desarrollado, a saber, analizar situaciones jurídicas donde el lugar de ejecución o de traslado ha sido tomado en consideración para denegar un retorno o para denegar una interrelación familiar.

- **Caso: E.M. (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department [2008] UKHL 64, [2008] 3 W.L.R. 931:**

En dicho caso se enfrentó el Estado de Líbano, como autoridad requirente, en contra de la Secretaria

100

Francisco Barberan Pelegrin, “La Ley japonesa 48/2013, de 19 de junio, para la implementación en el ámbito interno del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, (Abril 2017): 9-10, Consultado 10 de julio, 2019, <http://www.indret.com/pdf/1299.pdf>

de Estado para el Departamento del Interior del Reino Unido como Estado requerido, y se discutió la anulación de la sentencia que ordenaba la restitución de una persona menor de edad con el titular del derecho de guarda al Estado del Líbano, ya que su madre, aprovechándose de su derecho provisional de custodia, retuvo de forma ilegal al menor de edad en el Estado de Reino Unido, y no devolvió a dicha persona con su padre, quien para ese entonces, por la edad del menor, ostentaba el derecho de guarda de él. La apelante sostuvo que las leyes del Líbano, específicamente la ley de *Sharía* o *Sharia*, la despojaba sobre cualquier derecho de visitas o de guarda con el menor de edad, ya que, dichas leyes, otorgaban a la madre, de forma provisional, el derecho de custodia, hasta que el menor de edad cumpliera 7 años, siendo dicha edad la que trasfiere, por mandato de ley, la custodia al padre o a cualquier figura masculina de la familia del menor.

La Cámara de los Lores discutió los alegatos de la apelante, específicamente, la violación al derecho fundamental de la madre y de la persona menor de edad de interactuar en familia o derecho a la vida familiar, ya que, tal y como se desprende de la ley islámica, se despoja de cualquier derecho a la mujer sobre sus hijos cuando estos cumplen los 7 años de edad, traspasándose cualquier tema de responsabilidad parental al padre o cualquier figura masculina que sea familia del menor.

“There is however one aspect of this case which I have found particularly difficult. The appellant came to this country as a fugitive from Shari'a law. Her son had reached the age of seven when, under the system that regulates the custody of a child of that age under Shari'a law in Lebanon, his physical custody would pass by force of law to his father or another male member of his family. Any attempt by her to retain custody of him there would be bound to fail. This is simply because the law dictates that a mother has no right to the custody of her child after that age. She may or may not be allowed what has been described as visitation. That would give her access to her son during supervised visits to a place where she could see him. But under no circumstances would his custody remain with her. The close relationship that exists between mother and child up to the age of custodial transfer cannot survive under that system of law where, as in this case, the parents of the child are no longer living together when the child reaches that age. There is a real risk in all these cases that the very essence of the family life that mother and child have shared together up to that date will be

destroyed or nullified”¹⁰¹ .

Bajo dicha argumentación, la Cámara de los Lores, en votación dividida, determinó que devolver a la persona menor de edad al Estado del Líbano, en modalidad de visitas o de custodia permanente, significaría un riesgo real a los derechos del niño y de su madre, ya que las leyes de dicho país, cercenarían cualquier posibilidad de acceso por parte de la madre y de la persona menor de edad, a una vida familiar, denegando de esta manera, la restitución internacional de la persona menor de edad, y permitiendo a la madre la permanecía con su hijo en el Estado de Reino Unido.

“As I said as the outset of this opinion, the case for allowing the appellant and her son to remain in this country on humanitarian grounds is compelling. This is particularly so when the effects on the child are take into account. His mother has cared from him since his birth. He has a settled and happy relationship with her in this country. Life with his mother is the only family life he knows. Life with his father or any other member of his family in Lebanon, with whom he has never had any contact, would be totally alien to him. This enables me to conclude that this is a very exceptional case and that there is a real risk of a flagrant denial of their article 8 rights if the appellant and her child were to be returned to Lebanon. I would allow the appeal”¹⁰² .

Efectivamente, tal y como se puede observar de dicho caso, la Cámara de los Lores prevé el riesgo

101

Secretario de Estado para el Departamento del Interior del Reino Unido, “Judgments - EM (Lebanon) (FC) (Appellant) (FC) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)”, sitio web, consultado 17 de agosto, 2019, <https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd081022/leban-1.htm> Considerando quinto. Traducción propia: “Sin embargo, hay un aspecto de este caso que he encontrado particularmente difícil. La apelante llegó a este país como fugitiva de la ley Shari'a. Su hijo había cumplido los siete años cuando, bajo el sistema que regula la custodia de un niño de esa edad según la ley Shari'a en el Líbano, su custodia física pasaría por la ley a su padre u otro miembro masculino de su familia. Cualquier intento de ella de retener la custodia de él, allí, seguramente fracasaría. Esto es simplemente porque la ley dicta que una madre no tiene derecho a la custodia de su hijo después de esa edad. Se le puede permitir o no lo que se ha descrito como visitación. Eso le daría acceso a su hijo durante las visitas supervisadas a un lugar donde pudiera verlo. Pero bajo ninguna circunstancia su custodia permanecería con ella. La estrecha relación que existe entre la madre y el niño hasta la edad de la transferencia de la custodia no puede sobrevivir bajo ese sistema de ley donde, como en este caso, los padres del niño ya no viven juntos cuando el niño alcanza esa edad. En todos estos casos, existe un riesgo real de que la esencia misma de la vida familiar que la madre y el niño han compartido hasta esa fecha se destruya o anule.

102

Ídem, Considerando 18, traducción propia: Como dije al comienzo de esta opinión, el caso para permitir que la recurrente y su hijo permanezcan en este país por razones humanitarias es convincente. Esto es particularmente cierto cuando se tienen en cuenta los efectos sobre el niño. Su madre se ha preocupado por él desde su nacimiento. Él tiene una relación establecida y feliz con ella en este país. La vida con su madre es la única vida familiar que conoce. La vida con su padre o cualquier otro miembro de su familia en el Líbano, con quien nunca ha tenido contacto, sería totalmente ajeno a él. Esto me permite concluir que este es un caso muy excepcional y que existe un riesgo real de una negación flagrante de sus derechos del artículo 8 si la recurrente y su hijo fueran devueltos al Líbano. Permitiría la apelación.

que significaría otorgar el derecho de custodia o de visitas al progenitor en el Estado del Líbano, ya que dicho Estado, no forma parte de ninguna convención sobre restitución de personas menores de edad, además de que su legislación elimina, por cuestiones de género, cualquier posibilidad a la mujer de interrelacionarse con su hijo, representando un gran riesgo para los derechos de la madre el permitir la restitución o cualquier permiso de interrelación en dicho país.

“It is, as Lord Bingham points out, the product of a religious and cultural tradition that is respected and observed throughout much of the world. But by our standards the system is arbitrary because the law permits of no exceptions to its application, however strong the objections may be on the facts of any given case. It is discriminatory too because it denies women custody of their children after they have reached the age of custodial transfer simply because they are women. That is why the appellant removed her child from that system of law and sought protection against its effects in this country”¹⁰³ .

De esta manera, la Cámara encuentra una condición objetiva de riesgo si concediera la restitución u ordenara un permiso de interrelación familiar internacional, por lo que, prefiere denegar completamente dichos extremos que poner en indefensión a la persona menor de edad y su madre.

- **Re J.A. (Child Abduction: Non-Convention Country) [1998] 1 FLR 231**

La controversia judicial se presenta ante la Sala de Familia del Tribunal Superior y es llevado en apelación ante el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales o *Court of Appeal*, a las cuales recurrió un ciudadano de Emiratos Árabes Unidos a solicitar la restitución de su hija de misma nacionalidad, quien había sido retenida ilegalmente por su madre en territorio inglés, siendo denegada la restitución por ambos tribunales de justicia.

Ambas cámaras judiciales determinaron que la restitución implicaría un riesgo al bienestar superior de la persona menor de edad, ya que, Emiratos Árabes Unidos, carecía de un sistema normativo y judicial lo suficientemente objetivo para asignar derechos que versen sobre la responsabilidad

103

Ídem, Considerando 6, traducción propia: Es, como señala Lord Bingham, el producto de una tradición religiosa y cultural que es respetada y observada en gran parte del mundo. Pero según nuestros estándares, el sistema es arbitrario porque la ley no permite excepciones a su aplicación, sin importar cuán fuertes sean las objeciones sobre los hechos de cualquier caso dado. También es discriminatorio porque niega a las mujeres la custodia de sus hijos después de que hayan alcanzado la edad de transferencia de la custodia simplemente porque son mujeres. Es por eso, que la recurrente retiró a su hijo de ese sistema legal y buscó protección contra sus efectos en este país..

parental a la madre de la menor, por lo que, la restitución a dicho país significaría, para la madre e hija, la imposibilidad de volver a Inglaterra o a cualquier otro lugar sin el permiso de la figura masculina del padre.

“In the light of the medical evidence, the risks to the mother's health and consequently the child's care by being locked into a life in the Emirates against her will, do take the case out of the ordinary: her health not merely her happiness is at risk. Furthermore, the lack of judicial remedy to alleviate that hardship does, in my judgment, make this case very different from those where this court knows
104
that the foreign court will be guided by the best interests of the child” .

Para el alcance de la decisión anterior, el Tribunal de Apelaciones hace alusión de diversas resoluciones, que de forma constante, han señalado la obligación que tienen los jueces y juezas de revisar la protección del interés superior del menor en las legislaciones extranjeras, siendo necesario que el juez o jueza, previo de aprobar una restitución, o un derecho de guarda ejercido internacionalmente o un régimen de interrelación internacional, valore si los derechos de dicha persona menor de edad serán respetados en el país al que será trasladado.

Dentro de las resoluciones antes mencionadas se pueden citar: *Re R (Minors) (Wardship: Jurisdiction)* (1981) 2 FLR 416, 426, *Re M (Abduction: Peremptory Return Order)* [1996] 1 FLR 478, *Privy Council in McKee v McKee* [1951] AC 352, 365, *Re F (A Menor) (Secuestro) (Jurisdicción)* [1991] Fam 25, 31, [1991] 1 FLR 1. Dichas resoluciones son citadas en el caso aquí analizado, donde establecen el deber de vigilancia del posible futuro territorial de la persona menor de edad por parte de la autoridad jurisdiccional, debiendo, dicha autoridad, actuar de manera preventiva en cada caso, y dependiendo de las circunstancias, denegar el traslado de la persona menor de edad cuando el lugar de traslado le signifique un potencial riesgo por el marco normativo de dicho sitio.

“in *Re R (Minors) (Wardship: Jurisdiction)* (1981) 2 FLR 416, 426 Ormrod LJ
giving the judgment of the court with Dunn LJ and Eastham J said: 'The damage

104

Royal Courts of Justice, Court of Appeal, “Judgments - *Re J.A. (Child Abduction: Non-Convention Country)* [1998] 1 FLR 231”, sitio web, consultado 27 de agosto, 2019, <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0588.htm>
Traducción propia: A la luz de la evidencia médica, los riesgos para la salud de la madre y, en consecuencia, el cuidado de la niña al quedar encerrada en una vida en los Emiratos contra su voluntad, hacen que el caso sea fuera de lo común: su salud, no solo su felicidad, está en riesgo. Además, la falta de recursos judiciales para aliviar esa dificultad, a mi juicio, hace que este caso sea muy diferente de aquellos en los que este tribunal sabe que el tribunal extranjero se guiará por el interés superior del niño.

to a child's interest which may arise from not making a summary order is conveniently set out by Buckley LJ at p 264E-H of his judgment in *Re L* [1974] 1 WLR 250. In a sentence, they are alienation from background, home, schools, friends, relations and, ultimately, from his country and its society and culture. These dangers have to be weighed against the risk to the child of possible, perhaps probable, separation from the mother, of being entrusted to the care of a father whose capabilities and fitness to act as a single parent may be in doubt, in surroundings which may be unfavourable in themselves **and of being subjected to a regime of law under which the protection of their interests may be open to question**¹⁰⁵. (Subrayado no es del original)

- **Re J. (A child) (Return to foreign jurisdiction: convention rights), [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80**

Análogo a los anteriores casos, la Cámara de los Lores revoca la decisión de restitución emitida por el Tribunal de Apelaciones (Court of Appeal) el que había permitido una restitución de una persona menor de edad a Emiratos Árabes Unidos, alegando, dicho Tribunal, que la normativa de la Convención de la Haya sobre restitución era aplicable a un Estado no firmante, ya que, el bien jurídico tutelado, de dicha Convención, era el bienestar superior del menor, por lo que, debía de respetarse tanto a Estados Parte de la Convención, como a Estados que no hubiesen firmado y ratificado la misma.

En la sentencia de la Cámara de los Lores, se reafirma, de forma parcial, lo dicho por la *Court of Appeal*, no obstante, determina que existen presupuestos que deben de analizarse previo a ordenar una restitución internacional, dentro de los cuales se encuentra el país a donde será restituido el menor, y específicamente, los daños que le podría provocar el ordenamiento jurídico de dicho Estado al interés superior de la persona menor de edad, siendo necesario ajustar dicho análisis a las condiciones propias del caso.

105

Ídem, párrafo 89 y 90, traducción propia: “En *Re R (Menores) (Wardship: Jurisdiction)* (1981) 2 FLR 416, 426 Ormrod LJ que dicta la sentencia del tribunal con Dunn LJ y Eastham J se dijo: 'El daño al interés de un niño que puede surgir de no hacer una orden sumaria lo cual es convenientemente expuesto por Buckley LJ en la página 264E-H de su juicio en *Re L* [1974] 1 WLR 250. En una oración, son una alienación del fondo, hogar, escuelas, amigos, relaciones y, en última instancia, de su país y su sociedad y cultura. Estos peligros deben sopesarse contra el riesgo para el niño de una posible, quizás probable, separación de la madre, de ser confiado al cuidado de un padre cuyas capacidades y aptitud para actuar como padre soltero pueden estar en duda, en un entorno que pueden ser desfavorables en sí mismos y **estar sujetos a un régimen legal bajo el cual la protección de sus intereses puede ser cuestionable.**”

Específicamente, la Cámara acepta que las resoluciones sobre la restitución internacional de una persona menor de edad a un país no firmante de la Convención de la Haya podrían coincidir sin hacer uso de dicha convención, ello, por la tutela interna que da el Estado de Gran Bretaña al principio del bienestar superior del menor, por lo que, deviene innecesario discutir sobre la aplicación de normas de derecho internacional privadas internas o del Tratado Internacional en cuestión, ya que, la solución tendrá como eje el bienestar de la persona menor de edad en ambos escenarios.

“Asimismo, las consideraciones de política que habían llevado al Reino Unido a celebrar tratados internacionales para el bien de los menores en general eran irrelevantes, tanto, como la esperanza de que países que aún no eran parte de tales tratados podrían estar incentivados a hacerlo en el futuro. Se argumentó a favor del padre que debería haber 'una fuerte presunción' que era 'sumamente probable' que el mejor interés del menor, sujeto a un traslado o retención no autorizados, se concretara restituyéndolo a su país de residencia habitual para que las cuestiones de custodia pudieran ser decididas por los tribunales en dicho país. Esto no significaría la aplicación de los principios del Convenio de La Haya por analogía, pero los resultados en la mayoría de los casos serían los mismos. [...] Para la baronesa Hale lo máximo que podría decirse era que el juez podría considerar conveniente partir de la proposición de que era probablemente mejor para un menor regresar al país donde se encuentra su hogar para que las controversias sobre su futuro sean decididas allí. Se debería argumentar el caso en contra de dicha restitución, pero la importancia que ha de dársele a la proposición anterior variaría enormemente de un caso a otro. Dentro de este análisis, el grado de conexión del menor con cada país debería evaluarse, así como también el tiempo que estuvo en cada país. También eran relevantes las diferencias en conceptos legales de bienestar, aunque la imposibilidad de garantizar una orden judicial para reubicarse en el exterior en el Estado extranjero, por cierto, podría ser un factor decisivo. La House of Lords (Cámara de los Lores) también sostuvo que si bien con frecuencia sería totalmente razonable esperar que una madre que tomó el riesgo de desarraigar a un menor regrese una vez que se dicte una orden de restitución, a veces sería necesario considerar si era realmente razonable esperar o no que una madre regrese, y reflexionar sobre la sinceridad de su negativa declarada a hacerlo, y sobre qué sucedería con los menores si no lo hiciera. La House of Lords (Cámara de los Lores) sostuvo que estas consideraciones no

deberían interferir con una decisión repentina y firme de restituir a un menor al país donde se encuentra su hogar, aún si dicho país fuera muy diferente del Reino Unido. Pero podrían resultar en una decisión de que la restitución inmediata no sería adecuada, puesto que se serviría mejor a los intereses del menor si se permitiera que la controversia se discutiera y se decidiera en el Reino Unido. Finalmente se sostuvo que aún si el espíritu del Convenio hubiera de aplicarse a un caso fuera del mismo, las diferencias del orden jurídico del Estado de residencia habitual del menor serían relevantes a los fines del artículo 20¹⁰⁶ ”.

Así, la Cámara determina la importancia que tiene analizar el ordenamiento jurídico del Estado que solicita la restitución, para cerciorarse, si dicho ordenamiento jurídico puede significarle un peligro al interés superior del menor, siendo el juez o jueza, el responsable en determinar dichas condiciones, ello sin importar, si el país extranjero es Parte de la Convención, ya que, si lo fuese, el artículo 20 de la Convención le permite resolver con especial atención al bienestar superior de la persona menor de edad.

- **OLG München (Tribunal Superior Regional de Múnich), 6 de julio de 2016, 12 UF 532/16¹⁰⁷**

A diferencia de los casos anteriores, el Tribunal Superior Regional de Múnich, ordenó la restitución de la persona menor de edad a su lugar de residencia habitual -Bosnia y Herzegovina- llegando a la dicha conclusión con el siguiente fundamento de los siguientes criterios de admisibilidad y de fondo:

- Ambos países –Alemania y Bosnia y Herzegovina- forman parte de la Convención de Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, por lo que se cumplen los dos primeros presupuestos objetivos de aplicación de la Convención. (ver supra sección C, capítulo II presupuesto objetivo a y b).
- El menor sustraído ilegalmente tenía menos de 16 años (ver supra sección C, capítulo II presupuesto subjetivo).
- El menor sustraído ilegalmente tenía su residencia habitual en un Estado parte de la

106

Cámara de Lores (House of Lords) (Inglaterra), “Re J. (A child) (Return to foreign jurisdiction: convention rights), [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80, Reino Unido - Inglaterra y Gales vs Arabia Saudita”, sitio web, consultado 23 de agosto, 2019, <https://www.incadat.com/en/case/801>

107

Tribunal Superior Regional de Múnich, “OLG München (Tribunal Superior Regional de Múnich), 6 de julio de 2016, 12 UF 532/16”, sitio web, consultado 30 de octubre, 2019, <https://www.incadat.com/es/case/1405>

- Convención, Bosnia y Herzegovina. (ver supra sección C, capítulo II presupuesto subjetivo).
- El solicitante era quién ostentaba el derecho de guarda de la persona menor de edad. (ver *sección C*, capítulo II presupuesto subjetivo).
 - Existía un derecho de guarda previamente asignado por una autoridad judicial competente de Bosnia y Herzegovina (ver *sección C*, capítulo II presupuesto objetivo d).
 - El derecho de guarda fue violentado por la sustracción internacional de la persona menor de edad, por lo que se hizo ilusorio el ejercicio de dicho derecho. (ver *sección C*, capítulo II presupuesto objetivo e y f).
 - No había transcurrido más de un año entre la sustracción internacional (ver *sección C*, capítulo II presupuesto objetivo g).
 - La restitución no dañaba ni afectaba el principio de interés superior del menor (presupuesto de fondo).
 - El derecho de custodia fue debidamente otorgado siguiendo los procedimientos legales establecidos en la legislación de Bosnia y Herzegovina, y ambas partes tuvieron acceso a todos los mecanismos legales en igualdad de condiciones para discutir sobre dicho derecho (presupuesto de fondo).
 - La sustractora no pudo probar que la sustracción se debió a un estado de necesidad en defensa de los derechos de la persona menor de edad (presupuesto de fondo).¹⁰⁸
 - La sentencia de restitución no limita la interacción entre el menor sustraído y la sustractora, ya que, el ordenamiento jurídico de Bosnia y Herzegovina permite que la sustractora tenga contacto con dicho menor, así como, le faculta a plantear, nuevamente, un proceso sobre asignación de custodia.

Tal y como se ha señalado durante el análisis de las presentes sentencias, las Convenciones sobre restitución internacional pretenden el pronto restablecimiento del interés superior de la persona menor de edad sustraída, a quien, mediante la sustracción o retención internacional ilegal, se le lesionaron sus derechos, específicamente, el principio del interés superior de la persona menor de edad, el cual había sido previamente determinado mediante una resolución judicial o administrativa.

En las anteriores resoluciones se evidencia como los jueces y las juezas realizan un análisis sobre los factores que pueden incidir en los derechos de la persona menor de edad, siendo central, el

108

Existe una carga probatoria por parte del sustractor de demostrar las razones que motivaron la actuación ilegal, así como, los efectos jurídicos adversos en relación a la persona menor de edad de volver a dicho país de origen. En los casos supracitados, la parte sustractora demostró los riesgos que existían para la persona menor de edad si esta era restituida a su lugar de residencia habitual.

análisis sobre ordenamiento jurídico del país donde se realizará la restitución, ya que, de dicho análisis, se pueden detectar riesgos que incidan de forma negativa en la persona que se solicita restituir, así como, de los riesgos que surgen al permitir el ejercicio del derecho de guarda o de interrelación familiar en dichos Estados.

Caso Marruecos-España: El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita

Al igual que la Japón, antes de firmar la Convención 25 de la Haya o Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el Estado de Marruecos tuvo severos problemas con el otorgamiento de derechos de interrelación familiar o de guarda ejercitables en dicho país, ya que, los marroquíes, haciendo uso de su normativa interna, hacían ilusorios los derechos de los padres o madres que no compartieran dicha nacionalidad, en el tanto, la normativa islámica les transfería los derechos de la responsabilidad parental a los ciudadanos marroquíes adscritos a la religión islámica, excluyendo de cualquier derecho a los ciudadanos que no pertenecieran a dicha religión y nacionalidad.

Lo anterior generó severos problemas con el Estado español, ya que la migración de personas marroquíes hacia España multiplicó las relaciones entre ciudadanos de dichos Estados, generando matrimonios entre ciudadanos de ambos países, así como, el nacimiento de personas de dichas relaciones. El problema surgió cuando los padres o madres marroquíes terminaban sus relaciones afectivas, y sustraían a los hijos o hijas comunes, trasladándose hacia el Estado de Marruecos, donde la normativa les generaba exclusividad sobre los derechos de la responsabilidad parental sobre sus hijos e hijas.

“La separación arbitraria del menor del progenitor bajo cuya custodia se encuentra, casi siempre se produce de la siguiente manera: el padre marroquí, que viene a España a visitar a su hijo, cuya guarda y custodia ha sido atribuida a la madre, una vez finalizado el período de ejercicio del derecho de visitas, se lo lleva a Marruecos, dónde es acogido como un marroquí musulmán, en salvaguarda de la fe islámica; no obstante, en muchas ocasiones, el desplazamiento del menor se produce incluso antes de que haya recaído una resolución sobre su custodia, con lo cual, la desprotección de la madre es aún mayor”¹⁰⁹ .

La reiterada práctica de sustracción y tutela por parte del Estado marroquí, provocó que las autoridades españolas, en resguardo de los derechos de la persona menor de edad y del titular del derecho de guarda, denegaran de forma constante las solicitudes de interrelación familiar internacional, ya que, no existía un mecanismo jurídico que obligara a Marruecos a devolver al menor sustraído; siendo muy riesgoso, para la persona menor de edad, permitir un ejercicio de la interrelación familiar en suelo marroquí.

“La situación es aún más complicada en los supuestos referentes a la custodia de menores y al derecho de visita, pues en la mayoría de los casos, los tribunales marroquíes no reconocen una resolución de los tribunales españoles en la que la custodia se atribuya al progenitor español, y mucho menos que consienten el regreso a España del menor que ha sido trasladado a Marruecos por el progenitor marroquí”¹¹⁰.

En dicha coyuntura, surge el Convenio Hispano-Marroquí de 1997, para intentar dar solución a dicho fenómeno, y crear normas que faciliten la restitución de personas menores de edad trasladadas o retenidas ilegalmente. Si bien dicho convenio encontró grandes críticas por su engorroso trámite, permitió la restitución de personas menores de edad, así como limitó las arbitrariedades que cometía el Estado de Marruecos en contra de los menores de edad y de uno de sus progenitores.

Lo anterior refleja la importancia que poseen los convenios de cooperación internacional, mismos que generan mecanismos jurídicos para el restablecimiento de la situación jurídica que fue violentada por una actuación ilegal, así como, refleja, los problemas que implica el otorgar un régimen de interrelación familiar a un Estado que no haya suscrito uno de estos convenios de cooperación.

Tanto el Convenio de La Haya (art 38), como el Convenio de Luxemburgo (art 23 párrafo 1), permiten la posibilidad de que Estados no miembros de la Conferencia de la Haya y del Consejo de Europa, respectivamente, puedan adherirse a la regulación por ellos prevista, sin embargo, ningún país islámico se ha adherido a

menores y derecho de visita”, Derecho y opinión Universidad de Córdoba España N. 6, (1998): 493, Consultado 10 de octubre, 2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=176254>

110

Ídem, 494.

ellos, por lo que resulta difícil llegar a una solución en los supuestos de sustracción internacional de menores en los que dichos países se hallan implicados; es por ello, que las autoridades judiciales de los Estados europeos, en muchos casos, **y en prevención de una posible retención ilícita, obligan a que el progenitor, que no tiene la custodia sobre su hijo, ejerza el derecho de visita, exclusivamente, en territorio del Estado en el que ese menor reside junto al otro progenitor**". (Subrayado no es del original)¹¹¹

La multiplicidad de normativa internacional privada interna, y la multiplicidad de ordenamientos jurídicos, obligan al operador u operadora del derecho a revisar de manera minuciosa los casos donde se solicita un ejercicio de la interrelación familiar a nivel internacional, ya que, el traslado de una persona menor de edad genera riesgos importantes a sus derechos.

111

Ídem, 495.

Conclusiones:

El derecho, y en específico el derecho de familia, no es una rama aislada de la sociedad, sino que, debe participar de todos los cambios sociales y adaptarse a ellos, con el fin de dar solución a todas las nuevas dinámicas y problemas que surgen de ellas. El tráfico internacional de personas, y con él la internacionalización de las relaciones privadas, son ejemplo de dichas dinámicas, por lo que es necesario someterlas a reconsideración en el modelo de familia actual y, por tanto, en la tutela que les puede dar el derecho de familia.

Asimismo, los institutos del derecho de familia no deben de entenderse de manera aislada, sino que, todos estos interactúan y dan sustento a una sola disciplina jurídica. Así, el operador u operadora de derecho no puede pretender aislar los fundamentos de la filiación de las normas sobre la responsabilidad parental, de los principios del derecho de familia -como el interés superior de la persona menor de edad- como de las normas procesales que regulan todo el ordenamiento de familia.

De esta manera, el derecho de familia se presenta como una rama que participa de forma sistemática con sus todos sus supuestos de fondo y de forma, como también, participa de forma armónica con los principios de otras ramas del derecho, como lo son los principios de seguridad jurídica, de tutela judicial efectiva, de plenitud y demás principios generales del derecho que informan y nutren el ordenamiento jurídico en general.

Lo anterior justificó la esquematización de la presente investigación, donde se intentó demostrar las relaciones que existen entre los institutos de la filiación, de la responsabilidad parental, del derecho de guarda, de la interrelación familiar, del principio superior de la persona menor de edad, del principio de seguridad jurídica, y del principio de tutela judicial efectiva, los cuales deben de interactuar de manera armónica para dar una respuesta válida y eficaz a los problemas familiares que se presentan ante las instancias judiciales y jurisdiccionales.

Efectivamente, la dinamización internacional, ha generado la necesidad de cuestionar la aplicación de los institutos del derecho de familia, mismos que han de aplicarse de manera tal, que puedan dar respuesta eficaz a posibles riesgos que representa el traslado internacional de las personas menores de edad, las cuales ven disminuida la protección a sus derechos, si el traslado se realiza hacia un país que no haya firmado alguna convención internacional sobre restitución internacional.

Durante la investigación se intentó hacer especial énfasis en las garantías que otorgan las convenciones internacionales de la Haya y de Uruguay, donde dichos instrumentos aseguran mecanismos que dan eficacia a las sentencias y decisiones judiciales que asignan los derechos de guarda y de interrelación familiar. Asimismo, se intentó evidenciar la coherencia lógica que existe entre el principio de bienestar superior de la persona menor de edad, el derecho de guarda e interrelación familiar y la sentencia que permite estos, en el tanto, para la decisión de asignar dichos derechos, el operador jurídico u operadora jurídica deben de fundamentar la decisión de establecer estos derechos previendo, siempre, el interés superior de la persona menor de edad, deviniendo del irrespeto de dicha decisión el no alcance de dicho principio.

Por lo anterior, el principio de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva se constituyen como baluartes del principio de bienestar superior de la persona menor de edad, ya que la decisión judicial o jurisdiccional previa detalló y se refirió a dicho bienestar, por lo que, el respeto de esta decisión, significa, el respeto a los derechos de los titulares del derecho de guarda o de interrelación familiar, pero, esencialmente, el respeto al bienestar superior de la persona menor de edad.

Siguiendo dicha línea argumentativa, los Convenios de la Haya y de Uruguay ofrecen a la persona menor de edad y a los titulares del derecho de guarda o de interrelación familiar, mayor seguridad jurídica, ya que les ofrece mecanismos ágiles para hacer efectivo el derecho violentado por la sustracción o retención internacional ilegal de la persona menor de edad, y, *a contrario sensu*, cuando se realiza una sustracción internacional a un Estado no parte de dichas convenciones, se pierden dichos mecanismos jurídicos y debe recurrirse a vías más engorrosas que el trámite expedito de las Convenciones.

Tal y como se señaló durante toda la investigación, las convenciones sobre restitución internacional de personas menores de edad parten de una presunción *iuris tantum*, misma que se sostiene en el presupuesto de que una autoridad judicial, administrativa o voluntad de las partes, determinó el bienestar superior del menor y con ello se asignó el derecho de guarda y el derecho de interrelación familiar, deviniendo de su violación, el incumplimiento de dicho bienestar superior de la persona menor de edad. No es por ello azaroso, que el proceso se centre en tutelar los derechos de guarda e de interrelación familiar violentados, en el tanto, dichos derechos presuponen el respeto a la persona menor de edad, siendo necesario un procedimiento expedito que tutele dicho derecho fundamental del niño o niña.

Análogo a lo anterior, el otorgamiento del ejercicio de un régimen de interrelación familiar

internacional a un Estado parte de las Convenciones estudiadas, representa una mayor garantía del cumplimiento de retorno de la persona menor de edad, ya que las Convenciones prevén mecanismos jurídicos a los cuales recurrir en caso de una sustracción o retención internacional.

Las sentencias internacionales estudiadas, y los casos del Estado de Japón y de Marruecos -antes de firmar convenios internacionales de restitución de personas menores de edad, ejemplifican los inconvenientes que se pueden generar al permitir un régimen de interrelación familiar internacional en un Estado que no haya firmado algún convenio de restitución internacional de personas menores de edad, donde, la restitución se hacía imposible por la normativa interna de dichos países.

De esta manera, quedó claro que el otorgamiento de un régimen de interrelación familiar, cuando existen elementos internacionales de extranjería, es problemático cuando el país donde se ejercerá dicho régimen de interrelación familiar no ha afirmado la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores o el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ya que, se limitan los mecanismos existentes para hacer efectiva la resolución que aprobó el régimen de interrelación familiar, lo cual incide directamente en los derechos de la persona menor de edad.

Asimismo, se evidenció que el juez o jueza cuando tiene que valorar sobre la procedencia de un régimen de interrelación familiar con elementos internacionales de extranjería, debe cerciorarse de que el país, en el cual el menor va a compartir con el beneficiario del régimen, sea parte de alguno de los tratados internacionales sobre sustracción de menores, ya que si dicho país no ha firmado ni ratificado dichos tratados, la eficacia del régimen puede disminuir y amplifica el riesgo de que la persona menor no vuelva con el titular del derecho de guarda.

Ahora bien, lo anterior no implica que se deba denegar *ad portas* las solicitudes de interrelación familiar internacionales a países no firmantes de tratados internacionales de restitución internacional, sino que, le implica al operador u operadora del derecho, un estudio detallado del caso concreto, debiendo revisar los criterios subjetivos del solicitante, los antecedentes del caso concreto, así como, realizar mandatos que se encuentran dentro de sus poderes de ordenación, tal y como puede ser obligar al beneficiario del régimen de entregar copia de los boletos de avión de ida y vuelta.

De ahí que la investigación promulgara la obligación que tienen los operadores y operadoras del

derecho de realizar un estudio detallado de las solicitudes de interrelación familiar que son de su conocimiento, debiendo realizar un análisis de las condiciones subjetivas y objetivas del caso concreto para permitir, denegar o modificar dichas solicitudes, siempre en protección del bienestar superior de la persona menor de edad.

Por lo anterior, la operadora u operador de derecho -cuando considere que hay elementos suficientes que hagan prever una intención de sustracción- puede establecer regímenes de interrelación no presencial, como pueden ser espacios interactivos por internet, siempre previendo que el mismo es de manera temporal, ello, hasta que las condiciones del caso demuestren que el riesgo de sustracción ha disminuido. Tal y como se señaló líneas arriba, los sistemas de interrelación familiar tienden a la ampliación de los mismos, por lo que, iniciar con un sistema de interrelación supervisado, o un sistema de interrelación digital, no afectaría la interrelación entre el menor de edad y su progenitor o progenitora.

Por otro lado, si bien las convenciones internacionales ofrecen grandes ventajas para asegurar la eficacia de las sentencias que permitan los ejercicios de los derechos de la responsabilidad parental en el extranjero, también existen problemas en la ejecución, mismos que fueron señalados durante el proyecto, como lo es el tema de la celeridad, y como lo es el tema de la sobre recursividad existente en nuestro país.

Efectivamente, en Costa Rica se ha generado la práctica judicial de utilizar el recurso de habeas corpus como mecanismo jurídico para dilatar el proceso de restitución, generándose de esta manera una tercera instancia rogada que no encuentra asidero jurídico. Esto genera un gran riesgo al principio de celeridad que promulgan todas las convenciones sobre restitución, favoreciendo de manera indebida al sustractor o quien realiza la retención ilegal, en el tanto, facilita y fomenta que el tiempo de trámite participe en una alienación parental, generando que el menor pierda los lazos afectivos con el titular del derecho de guarda, y genere nuevas relaciones que cambien de manera significativa el deseo de dicha persona menor de edad.

Ante ello, es necesario que se respeten los principios de inmediación y de celeridad que establecen las convenciones, así como, se refuerce la obligación por parte de los jueces y de las juezas de valorar el caso particular de manera profunda, para que el proceso no se transforme en una discusión sobre la asignación de los derechos de la responsabilidad parental, sino que, sea un proceso que los proteja puesto que fueron establecidos previamente y con todo el control probatorio, y apego al interés superior de la persona menor de edad.

No obstante, estos problemas en la ejecución, no se justificaría la inaplicación de las convenciones, sino que, refleja la necesidad de mejorar la ejecución de las mismas, y así alcanzar la máxima eficacia de lo que ellas tutelan, ya que su ejecución significa una armonización entre una realidad global y las necesidades que surgen de dicha realidad.

Bibliografía:

Libros de texto:

- Albaladejo García, Manuel. *Compendio de Derecho de Familia y Sucesiones*. Barcelona, España, Editorial: Ed. Librería Bosch: 1965.
- Benavides Santos, Diego. *Axiomas del derecho procesal de familia*. San José, C.R, editorial Jurídica Continental: 2013.
- Benavides Santos, Diego. *Derecho de Familia Tomo I*. San José, CR, editorial Juritexto: 2010.
- Camarillo Rosalba, Jane. *Jurisprudencia sobre el Derecho Internacional Privado Costarricense*. 1º edición. San José, C.R, Investigaciones Jurídicas: 2000.
- Chacón Jiménez, Mauricio. *La Intervención de las personas menores de edad en los procesos de filiación*. San José. Juricentro: 2008.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos "Alienación Parental". DF, México: Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011
- Dreyzin Klor, Adriana. *Derecho Internacional Privado de Costa Rica: Tratados en Vigor y otros textos relevantes*. San José, C.R, Editorial Jurídica Continental: 2014
- Dreyzin Klor, Adriana. *Restitución Internacional de Niñas y Niños*. San José, C.R, Editorial Jurídica Continental: 2015
- Dreyzin Klor, Adriana. *El derecho internacional de familia en la posmodernidad*. San José, CR, Editorial Jurídica Continental: 2016.
- Dreyzin de Klor, Adriana. *El derecho internacional de familia en la postmodernidad: Familia internacional, sustracción internacional de niños, subrogación materna y sus efectos internacionales*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012.
- Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas Corporación Universitaria Remington “*Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal: Proceso Garantía y Libertad*”. Medellín, Colombia: Ed. Corporación Universitaria Remington, 2012.
- Ferrer, Mac-Gregory (Coordinador), “*El Control Difuso de Convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*”. México: Editorial: Ed. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C., 2012.
- Granados Aguilar, Emmy & Blanco Villalta, Gerardo. *Derecho de Familia: La pretensión Civil en el Proceso de filiación*, San José, C.R, Juritexto: 2016.
- Obando Peralta, Juan José. *Private International Law in Costa Rica*. 1º edición. Holanda: Kluwer Law: 2013.
- Ruíz, Ramón. *Historia y Evolución del pensamiento científico*. México, Enciclopedia y Biblioteca

Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas: 2006.

Solís Madrigal, Nauren & Chacón Jiménez, Mauricio. *La sustracción Internacional de personas menores de edad en el Derecho de Familia Costarricense*, San José, C.R, Investigaciones Jurídicas: 2008.

Sáenz Carbonell, José Francisco. *Elementos de Derecho Internacional Privado*. 1º edición. San José, C.R: Editorial Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica. Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta: 2016

Trejos, Gerardo. *Derecho de Familia*, San José, C.R, Juricentro: 2005.

Trejos, Gerardo. *Derecho De Familia Costarricense Tomo II*, San José, editorial Juricentro: 1999.

Zenteno Trejo, Blanca & Osorno Sánchez, Armando. *Lineamientos para la investigación Jurídica*. DF, México, Editorial Gernika: 2015.

Tesis:

Abarca Álvarez, Tatiana & Azofeifa Soto, Sendy. “El principio de Seguridad Jurídica como necesidad para la eliminación de la adopción internacional”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2013.

Alvarado León, Diana Carolina. “El interés superior del niño y el régimen de visitas en la legislación ecuatoriana en el Distrito Metropolitano de Quito, año 2016.” Tesis para optar por el grado de Abogado, Universidad Central Del Ecuador Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, 2016.

Bermúdez Chacón, Seidy. “Violación de los derechos de las partes implicadas en el proceso de fijación de un régimen de visitas.” Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad Metropolitana Castro Carazo, 2006.

Cortés, David. “Análisis de la figura de la tutela en Costa Rica: Necesidad de una reforma legal en resguardo del interés superior de la persona menor de edad”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2013.

Echeverría Guevara, Karen Lissette. “La Guarda y Custodia compartida de los Hijos”. Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Granada-España, 2011.

Monge, Karol & Núñez, Abarca. “Análisis del Código de Familia y principal legislación conexas a la luz de la jurisprudencia y el derecho comparado”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005.

Quirós Montoya, Marcia. “Régimen de Interrelación Familiar para Parientes no Incluidos en la Ley.” Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad Latina de Costa Rica, 2009

Rodríguez Jiménez, Ericka. “Análisis de la confrontación existente en la Jurisprudencia del

Tribunal de Familia y la Sala Constitucional en la aplicación del Convenio de “Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la Conferencia de La Haya” en tema de violencia de género”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2019.

Vásquez Castillo, María del Carmen. “La Guarda y Custodia compartida como un mecanismo Alternativo para el Ejercicio conjunto de las atribuciones propias de la responsabilidad parental”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2018.

Vásquez Castillo, María del Carmen. “Los puntos de encuentro familiar, como alternativa para la correcta ejecución de las sentencias judiciales en los procesos de régimen de interrelación familiar supervisado”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016.

Artículos de Revista:

Aguilar Domínguez, Alexis. “La delgada línea entre el forum shopping y el fraude a la ley”. Revista de Derecho Privado Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Número 13 Universidad Nacional Autónoma de México – Facultad de Derecho. (Primer semestre 2018): 61-90.

Alpízar Matamoros, Vilma. “El Papel de la Conferencia de la Haya en la Armonización del derecho Internacional Privado”. Revista Jurídica IUS Doctrina, No. 12 (2015): 1- 16. Consultado 4 de marzo, 2018, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/download/19746/19810>

Benavides Santos, Diego. “Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica”. Revista De la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 4 (2017): 83-97. Consultado 10 de junio, 2018, https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N4/contenido/contenido.html

Bermúdez Abreu, Yoselyn. “Algunas consideraciones sobre la armonización del Derecho Internacional Privado”. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 116 (mayo-agosto, 2008): 139-170.

Bosques Hernández Gerardo. “¡Que la realidad biológica coincida con la realidad jurídica! (Puerto Rico)”. Revista Jurídica U.I.P.R. Vol. XLI (2016): 539-557.

Díaz Lisboa. “Derecho de Relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio”. Revista Familia y Derecho. Número 1 Universidad Gabriela mistral – Facultad de Derecho y ciencias sociales (Primer Semestre 2017): 129-140.

Dreyzin Klor, Adriana, “Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial”. Revista Jurídica Agenda Internacional, No. 30, (2012):119-138, consultado 2 de marzo, 2018, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/6265/6307>

- Instituto Interamericano del Niño IIN Organización de Estados Americanos OEA. “Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales; 05 de junio, 2001”. Consultado 28 de marzo, 2019, http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Informe_situacion_sustraccion_internacional_de_menores.pdf
- Pantoja Murillo, Carlos. “El derecho de visita: Elementos para su comprensión, regulación y tutela efectiva”, Revista de la Escuela del Poder Judicial Lic. Edgar Cervantes Villalta, No. 86 (SF), consultado 20 de junio de 2018, https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_86/index.htm
- Barberan Pelegrin, Francisco. “La Ley japonesa 48/2013, de 19 de junio, para la implementación en el ámbito interno del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”. Revista para el Análisis del Derecho InDret, (Abril 2017): 2- 37. Consultado 10 de mayo, 2019, <http://www.indret.com/pdf/1299.pdf>
- El País. “Reportaje: Padre sin derechos Japón se quedó con mi hijo”; 07 de noviembre, 2011”. Madrid, España. Consultado 30 de noviembre, 2018, https://elpais.com/diario/2010/11/07/domingo/1289105557_850215.html
- Sánchez de Brasero, Linette. “Determinación Filial Basada en el Interés del Menor ante Vínculos Genéticos, Gestacionales e intencionales (Puerto Rico)”. Revista Jurídica U.I.P.R, Vol. XLI No. 1 y 2 (2006): 499-517.
- Scotti, Luciana. “Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Número 62 (Segundo Semestre 2013), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires: 125-156.
- Soto Castro, Rolando. “La Opinión de las Personas Menores de edad como Garantía Procesal y Derecho Fundamental, de Derecho de Familia”, Revista de la Escuela del Poder Judicial Lic. Edgar Cervantes Villalta, 2011, p 133-143.
- Bolaños Luis Antonio & Montanaro Lacayo Irene. “Ley de Paternidad Responsable y Registro Civil”. Revista de Derecho Electoral. Número 2 (Segundo Semestre 2007): 2-25.
- Mesén Fonseca. “La Interrelación Familiar Supervisada: Perspectiva del Trabajo Social Forense”. Revista Costarricense de Trabajo Social. Número 25 (Segundo Semestre 2013): 31-39.
- Núñez Montes de Oca, Ricardo. “Debido proceso y tutela judicial efectiva en pensiones alimentarias ¿Letra o realidad?”. Revista De la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 14 (2017): 59- 68. Consultado 10 de mayo, 2019, https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N14/contenido/pdfs/06-debidoproceso.pdf
- Valladares Valladares, Jorge, “Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores

por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales”. Instituto Interamericano del Niño IIN Organización de Estados Americanos OEA, No. 08, (2012): 1-2, consultado 29 de marzo, 2018, http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Informe_situacion_sustraccion_internacional_de_menores.pdf

Velázquez Sánchez, María del Mar. “El convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita”. Revista Derecho y opinión Universidad de Córdoba España N. 6, (1998): 493-524 Consultado 10 de octubre, 2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=176254>

Conferencias:

Durán Ayago, Antonia. “Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado (Proyecto de Innovación Docente ID 9 /142. Ayudas de la Universidad de Salamanca para la innovación docente. Universidad de Salamanca, España. 2012-2013. Universidad de Salamanca, España, 2009-2010.

González, A. “Sustracción Internacional de menores y Violencia de Género”. Ponencia de Seminarios Wiki Interactivos de Derecho Internacional Privado, Universidad de Salamanca, España. 2017-2018.

Velázquez Sánchez, María del Mar Maestre Casas, Pilar Durán Ayago, Antonia. “Laboratorio de jurisprudencia de derecho internacional privado. Ponencias Memoria ID12-0068. Ayudas de la Universidad de Salamanca para la innovación docente, curso 2012-2013. Universidad de Salamanca, España, 2012-2013.

Normativa:

Cámara de Senadores, Comisión de Asuntos Internacionales Uruguay. “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Informe de la Comisión, Mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo reiterando el remitido el 24 de mayo de 1995 y Texto Completo)”. Sitio Web, Consultado 17 de diciembre, 2018, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/S2000070061-003435096.pdf>

Corte Suprema de Justicia. “Circular número 131-18: Competencia del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia; 27 de agosto, 2018”, La Gaceta, No.32 (14 febrero, 2019): 1-40.

Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado,

- “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, Sitio Web, Consultado 08 de enero, 2019, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>
- Hague Conference on Private International Law Conférence de La Haye de droit international privé (Descripción, Finalidad y Convenios)”. Sitio Web, Consultado 01 de junio, 2019, <https://www.hcch.net/es/about>
- Hague Conference On Private International Law Conference De La Haye De Droit International Privé. “Convenio 28 de la Haya o Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; 25 de octubre, 1980”. Consultado 10 de noviembre, 2018, <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>
- Organización de Estados Americanos. “Convención de Uruguay o Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores; 22 de mayo, 1997”. Consultado 1 de noviembre, 2017, <https://www.poder-judicial.go.cr/violenciaintrafamiliar/index.php/normativa/category/35-instrumentos-internacionales?download=306:convencion-interamericana-sobre-restitucion-internacional-menores>
- Poder Legislativo. “Proyecto de Ley: Código Procesal de Familia, expediente 19455”. Sitio Web, Consultado 17 de junio, 2019, <http://www.asamblea.go.cr/sd/SiteAssets/Lists/Consultas%20Biblioteca/EditForm/Proyecto-19455%20C%C3%B3digo%20Procesal%20de%20Familia.pdf>
- Poder Legislativo. “Código de Familia Ley N° 5476”. Sinalevi. Consultado 14 de octubre, 201, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970
- Poder Legislativo. “Código de la Niñez y la Adolescencia Ley N° 7739”. Sinalevi. Consultado 15 de octubre, 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC¶m2=1&nValor1=1&nValor2=43077&strTipM=TC&lResultado=4&strSelect=sel
- Poder Legislativo. “Convención sobre los Derechos del Niño”. Sinalevi. Consultado 15 de octubre, 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6606&nValor3=7032&strTipM=TC
- Poder Legislativo. “Ley contra la Violencia Doméstica N° 7586”. Sinalevi. Consultado 15 de octubre, 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?para

[m1=NRTC&nValor1=1&nValor2=27926&nValor3=84069¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html)

Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, “Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado”, Sitio Web, Consultado 15 de julio, 2019, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>

Jurisprudencia:

Cámara de Lores (House of Lords) (Inglaterra). “Re J. (A child) (Return to foreign jurisdiction: convention rights), [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80, Reino Unido - Inglaterra y Gales vs Arabia Saudita”. Sitio Web, Consultado 23 de agosto, 2019, <https://www.incadat.com/en/case/801>

Procuraduría General de la República. “Informe de la Procuraduría General de la República: presentado el 29 de enero de 2010”. Expediente: 10-001493-0007-CO.

Royal Courts of Justice, Court of Appeal. “Judgments - Re J.A. (Child Abduction: Non-Convention Country) [1998] 1 FLR 231”. Sitio Web, Consultado 27 de agosto, 2019, <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0588.htm>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Consulta preceptiva de Constitucionalidad: voto 163-98; 13 de enero, 1998 a las 15:33 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “voto 8790-1997; 24 de diciembre, 1997 a las 09:06 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Recurso de hábeas corpus: voto 2800 - 2017; 24 de febrero, 2017 a las 09:30 horas”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Recurso de hábeas corpus: voto 08878 – 2018; 05 de junio, 2018 a las 11:01 horas”.

Secretario de Estado para el Departamento del Interior del Reino Unido. “Judgments - EM (Lebanon) (FC) (Appellant) (FC) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)”. Sitio Web, Consultado 17 de agosto, 2019, <https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd081022/leban-1.htm>

Tribunal Superior Regional de Múnich. “OLG München (Tribunal Superior Regional de Múnich), 6 de julio de 2016, 12 UF 532/16”. Sitio Web, Consultado 30 de octubre, 2019, <https://www.incadat.com/es/case/1405>

Tribunal Familia. “Proceso de Declaratoria de Paternidad: voto 1445-02; 24 de octubre, 2002 de las 8:20 horas”. Expediente: 01-400200-464-FA.

Tribunal Familia. “Proceso de Régimen de Visitas: voto 326-03; 05 de marzo, 2003 de las 8:15 horas”.

Tribunal de Familia. “Proceso de Divorcio: voto: 554-05; 11 de mayo, 2005 de las 10:35 horas”

Tribunal Familia. “Proceso abreviado de divorcio: 1781-09; 25 de noviembre, 2009 de las 10:10 horas” Expediente: 08-001340-0165-FA

Tribunal Familia. “Proceso de Régimen de Visitas: 322-06; 16 de marzo, 2006 de las 11:16 horas” Expediente: 05-000583-0292-FA

Tribunal Familia. “Proceso de Restitución internacional del menor: 00800-2012; 28 de setiembre, 2012” Expediente: 11-000602-0673-NA

Tribunal Familia. “Proceso de Restitución internacional del menor: Voto 00841-2017; 28 de setiembre, 2017 de las 09:16 horas” Expediente: 16-000619-0673-NA

Tribunal Familia. “Proceso de Autorización para salida de los menores Voto N° 00690 - 2015; 11 de agosto, 2015 de las 11:50 horas”. Expediente: 14-000007-1302-FA

Tribunal Familia. “Proceso de Restitución internacional del menor (Haya): Voto 88-2019; 1 de febrero, 2019 de las 10:55 horas” Expediente: 17-000750-0673-NA - 3 número 959-18(2)

ANEXO A

NOTA DEL MAGISTRADO OLASO ÁLVAREZ EN RELACIÓN CON EL INFORME BRINDADO POR LA MAGISTRADA JULIA VARELA ARAYA EN RELACIÓN CON LA CONSULTA AL DENOMINADO “CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA”

San José, 16 de agosto de 2019.

Licenciada Silvia Navarro Romanini.

Secretaria General de la Corte.

S.D.

Estimada señora:

En relación con la consulta practicada por la Magistrada Julia Varela Araya, en relación con el proyecto denominado “**Código Procesal de Familia**”, expediente Legislativo número 19.455, gestionada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, me permito indicar lo siguiente:

- a. A pesar de estar de acuerdo con las indicaciones efectuadas por la Magistrada Varela Araya en el citado informe, en torno a la afectación a la organización del Poder Judicial, en mi condición de Magistrado de Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y Juez de enlace designado por Corte Plena en materia de aplicación de la Convenio de La Haya (Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores), no puedo dejar de indicar ciertos aspectos del proyecto del Código Procesal de Familia que deben ser valorados por los señores Diputados y las señoras Diputadas en torno a ese proyecto.
- b. Específicamente, la reforma en concreto contiene una modificación al artículo 55 bis, inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que afectará los procedimientos de restitución de las personas menores de edad a nivel internacional y que, en mi criterio, generará una situación difícil en cuanto a ese trámite. Dicho numeral le brinda la competencia a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento de “...2) **Los recursos de apelación contra la decisión final en los procesos de restitución internacional de personas menores de edad...**”. Desde el punto meramente técnico, no resulta factible el brindar la posibilidad de que una Sala de Casación, como lo es la Sala Segunda, conozca recursos de apelación, sino que dicho medio de impugnación se encuentra reservado únicamente ante los Tribunales de Apelación, lo cual, en este caso, para ser concordante con la reforma debería ser competencia del Tribunal de Familia, tal y como hasta este momento se ha efectuado en nuestro país.
- c. Aunado a esto, se debe indicar que, en esta materia muy sensible, como lo es la restitución de personas menores de edad a nivel internacional, se requiere aplicar principios de celeridad que generan que el procedimiento de restitución deba de ser resuelto con la

mayor prontitud posible para así evitar condiciones perjudiciales a las personas menores de edad, las cuales eventualmente puedan verse afectadas al no resolver su situación en un corto tiempo. Desgraciadamente y, debido al cúmulo de procesos que ya de por sí conoce la Sala Segunda en materia laboral se podría afectar gravemente el procedimiento de restitución de menores de edad al llevar la resolución de segunda instancia de lo resuelto por un juzgado de niñez y adolescencia ante una Sala de Casación, cuando en realidad, a través de los años la especialidad de este procedimiento de restitución, que vale la pena destacar es de naturaleza sumarísima, ha sido conocida en segunda instancia por los juzgadores y las juzgadoras del Tribunal de Familia.

- d. Nótese que técnicamente el numeral 101, inciso n) de la reforma al Código Procesal de Familia, permite dicho recurso de apelación y su trámite general implicaría que, en el caso de la Sala, como órgano colegiado, la decisión que se pronuncie sobre la apelación debe ser dictada EN EL PLAZO DE QUINCE DÍAS (artículo 102, párrafo 3°), lo que generaría que la apelación de la restitución debería ser resuelta en ese término por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Llamo la atención que, actualmente los circulantes de la Sala en materia laboral son importantes, por lo que generaría una situación difícil para resolver dicha “apelación” en ese término. Es por esto que mantengo mi criterio de que lo pertinente sea que el Tribunal de Familia sea el órgano encargado de conocer los recursos de apelación contra las sentencias en estos procesos de restitución de personas menores de edad a nivel internacional.

De esta forma, hago estas indicaciones a fin de que sean valoradas por los señores Diputados y las señoras Diputadas al conocer esta normativa y me pongo a su disposición para aclarar cualquier duda en torno a esta nota. Atentamente,

MSC. JORGE OLASO ÁLVAREZ
MAGISTRADO DE SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y
JUEZ DE ENLACE EN LA CONVENCIÓN DE LA HAYA EN MATERIA DE
RESTITUCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD A NIVEL
INTERNACIONAL.