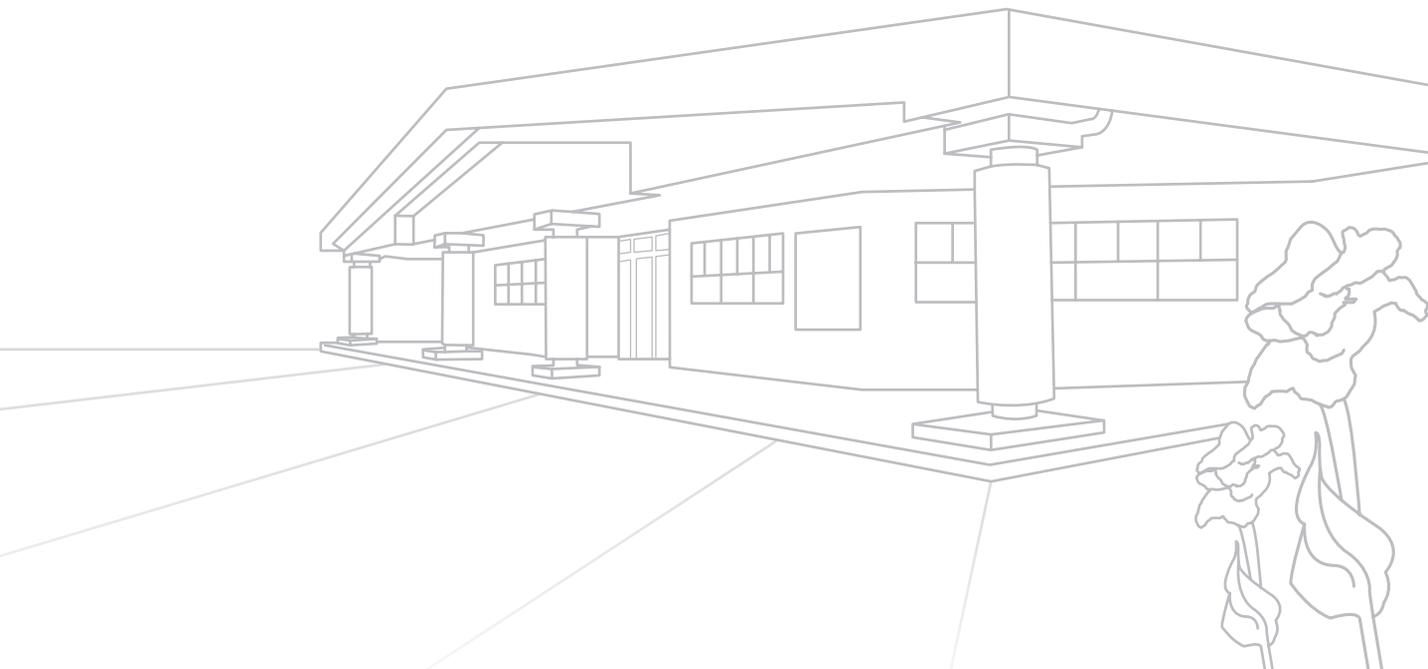




Escuela Judicial
Lic. Édgar Cervantes Villalta



Derecho de Familia



Director Escuela Judicial: Dr. Marvin Carvajal Pérez

Subdirector Escuela Judicial: Lic. Mateo Ivankovich Fonseca LL.M.

Jefa Área de Servicios Técnicos Escuela Judicial: M.B.A. Magdalena Aguilar Álvarez

Diseño gráfico, diseño de portada, diagramación: Lic. Raúl Esteban Barrantes Castillo

Revisión filológica: M.Sc Gladys Arroyo Jiménez

Consejo Editorial

Consejo Directivo Escuela Judicial

Licda. Ana Virginia Calzada Miranda

Dr. Marvin Carvajal Pérez

Lic. Rafael Angel Sanabria Rojas

Lic. Jorge Rojas Vargas

Lic. Francisco Segura Montero

Lic. Martha Iris Muñoz Cascante

Lic. Jorge Chavarría Guzmán

Lic. Saúl Araya Matarrita

Lic. Francisco Arroyo Meléndez

El contenido de los artículos publicados son responsabilidad de sus autores y autoras
y no necesariamente reflejan la opinión del Director o de la Escuela Judicial

Hecho el depósito de ley Derechos reservados **ISSN:1659-4053**

ADVERTENCIA

En conformidad con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, se prohíbe la reproducción, transmisión, grabación, filmación total o parcial del contenido de esta publicación mediante cualquier sistema de reproducción, incluido el fotocopiado. La violación a esta ley por parte de persona física o jurídica, será sancionada penalmente. Esta obra ha sido producida sin fines de lucro de manera que está prohibida su venta.

PODER JUDICIAL DE COSTA RICA

ESCUELA JUDICIAL

Lic. Édgar Cervantes Villalta

“Fortaleciendo el futuro de la justicia en Costa Rica”

Teléfonos: 2267-1541 – 2267-1540

Fax: 2267-1542

Apartado: 285-3007

**Dirección electrónica: www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial
Costa Rica, Heredia, Ciudad Judicial de San Joaquín de Flores**

2011

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Pag.4

..... *Diego Benavides Santos*

INTRODUCCIÓN

Pag.9

LA PENSIÓN ALIMENTARIA COMO TÍTULO EJECUTIVO.

Pag.11

..... *Francisco López Arce*

NECESIDAD DE REPLANTEAR EL
CONCEPTO DE VÍNCULO FILIAL EN LOS PROCESOS
HETERÓLOGOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Pag.35

..... *M. Sc. Karla Ramírez Quesada*

DERECHOS DE LAS PERSONAS
MENORES DE EDAD Y SU PARTICIPACIÓN
EN LOS PROCESOS JUDICIALES.

Pag.54

..... *Dra. Eva M. Camacho Vargas*

VIOLENCIA DOMÉSTICA-VIOLENCIA
DE GÉNERO MEDIDAS TÍPICAS Y ATÍPICAS.

Pag.65

..... *M. Sc. Johanna Escobar Vega*

EL APREMIO CORPORAL COMO MEDIDA DE
COACCIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO ALIMENTARIO.

Pag.76

..... *Elizabeth Picado Arguedas*

VEJEZ, VIOLENCIA Y DERECHO.

Pag.87

..... *M. Sc. Ramón Zamora Montes*

LA AUTORIDAD PARENTAL Y REFORMAS
NECESARIAS EN LA LEGISLACIÓN FAMILIAR
A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Pag.109

..... *Judy Campos Gutiérrez*

EL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR
DE EDAD EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES
DE RESTITUCIÓN DE PERSONAS MENORES DE
EDAD: CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DE
LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y
CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES.

Pag.129

..... *Andrea Ramírez Solano*

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO
A LOS GASTOS DE EMBARAZO Y MATERNIDAD.

Pag.145

..... *M. Sc. Eddy Rodríguez Chaves*

*P*RESENTACIÓN

Este nuevo número de las COLECCIONES DE DERECHO Y JUSTICIA se dedica a temas del Derecho de Familia. En este esfuerzo, confluyen dos de las fuerzas más vivas del Poder Judicial de nuestros tiempos; por un lado, la Escuela Judicial de hoy, con todo su replanteamiento a partir del enfoque de competencias profesionales y, por el otro, la sólida y pujante jurisdicción de familia, caracterizada por sus múltiples talentos y liderazgos y también por consolidar cada vez más sus iniciativas con trabajos en equipo y con alianzas estratégicas. Y desde luego, la Escuela Judicial ha sido la aliada por excelencia de esa jurisdicción de familia.

Pensemos solo en algunas de las últimas actividades que se han realizado en conjunto; por ejemplo, mencionemos los diez ciclos con conferencistas extranjeros, el último con la profesora Silvana Ballarín en septiembre pasado; recordemos el XXXV Aniversario del Juzgado Primero de Familia y el taller de Pensiones Alimentarias, ambos en abril; el diagnóstico de necesidades de capacitación presentado en marzo; y del año pasado, pensemos en el XV aniversario del Tribunal de Familia y de los juzgados de familia de provincia, celebrado en varias ciudades del país: Heredia, Alajuela, Cartago, Puntarenas y San Isidro de El General, el cual se cerró en San José con el ciclo de la querida amiga de la jurisdicción de familia costarricense, la profesora Nora Lloveras, quien ya había participado en el número 6 de la Revista de la Escuela Judicial. Podemos hablar de muchos ejemplos más. Definitivamente los frutos de esta sociedad Escuela Judicial-Jurisdicciones de Familia son evidentes, y ahora sumamos el esfuerzo que presentamos hoy.

Ahora bien, este número es producto de la estrategia diseñada en la Escuela Judicial y es impulsado por don Mateo Ivancovich con el apoyo de María Lourdes Acuña. Se inició primero la discusión de temas de Derecho de Familia en forma virtual, posteriormente se realizaron conversatorios presenciales en diferentes partes del país, para luego concluir con esta publicación. Los foros virtuales tuvieron mucha profundidad y fueron muy participativos. Lo mismo ocurrió con los conversatorios; en ellos vimos a profesores universitarios con sus estudiantes, a defensoras y defensores públicos, a abogados y abogadas litigantes, al personal de apoyo, a letrados y letradas y, desde luego, a juezas

y jueces de familia (entiéndanse incluidos los y las de pensiones alimentarias, violencia doméstica, niñez y adolescencia, los y las contravencionales y los y las de mayor cuantía que se desempeñaban en la materia). Los directores cumplieron excelentemente su papel de generadores de discusión, de facilitadores de la comunicación y, por último, con las respectivas conclusiones, todo conforme a la planeación que realizó la Escuela. La clausura de estas actividades, que es precisamente esta publicación, es la cereza del pastel.

Veamos la calidad y la variedad de los artículos. Karla Ramírez Quesada, jueza de pensiones alimentarias e integrante de la Comisión de Familia nos presenta la “Necesidad de replantear el concepto de vínculo filial en los procesos heterólogos de reproducción asistida”. Con ese artículo, se efectúa un análisis de la realidad actual en materia de biotecnología, específicamente en el campo de las técnicas de fecundación asistida, delimitando el tema a la fecundación in vitro, la inseminación artificial y la intervención de una persona tercera donante en el proceso reproductivo, con especial referencia a la determinación de la filiación.

El experimentado juez de familia y maestro por excelencia, don Francisco López Arce, nos desarrolla el tema que dirigió en los foros virtuales y en el conversatorio realizado en Cartago, a saber “La pensión alimentaria como título ejecutivo”. Don Francisco ingresa en los temas de la competencia para dicha ejecución; plantea si se trata de un título ejecutivo o, bien, si se trata de un título ejecutorio; pasa por la pregunta de la vía, si es un monitorio o una ejecución directa. El artículo sigue con la pregunta de las cuotas que se pueden cobrar por esa vía. También don Francisco se pregunta y responde lo siguiente: ¿El plazo de seis meses es de caducidad o de prescripción para las cuotas superiores al plazo de seis meses o existe otra forma para cobrar esas cuotas? Sigue con la diferencia entre la retención y el embargo.

La Dra. Eva Camacho, magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y coordinadora de la Maestría en Administración de Justicia con Énfasis en Relaciones Familiares, nos enriquece con “Los deberes y derechos de las personas menores de edad y su participación en los procesos judiciales”; pasa el tema por el fundamento constitucional, por los tratados internacionales y por los planteamientos en el foro virtual, y cierra con lo que se propone en el anteproyecto del Código Procesal de Familia.

Johana Escobar, jueza de familia de Alajuela y graduada en Costa Rica y en Chile en violencia intrafamiliar, profundiza en el tema “Violencia doméstica-violencia de género medidas típicas

y atípicas". Por su parte, la jueza contra la violencia doméstica de Pérez Zeledón da su perspectiva con el artículo: "Medidas típicas y atípicas de protección contra la violencia doméstica". Liana Mata y Johana Escobar dirigen el foro virtual sobre esos tópicos, así como el conversatorio realizado en Pérez Zeledón. Johana nos motiva con una frase de Eleanor Roosevelt y nos propone para comenzar que no se puede hablar simple y llanamente de violencia doméstica y las medidas que pueden resultar o no procedentes para determinados casos sin antes hacer mención, aunque sea en forma somera, de sus orígenes y justificaciones a nivel social y cultural; pero, además, de lo que es una violación a los derechos humanos de las personas que la sufren. Johana enfatiza su esperanza de que quienes nos desenvolvemos en esta especial materia nos preocupemos por conocer, estudiar, profundizar en lo relativo a los derechos humanos, pero, también, de que apliquemos lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en las convenciones y tratados internacionales, así como en la normativa interna que tutela los derechos de los grupos vulnerables, pues solo así podremos garantizar a las víctimas que, al acercarse a la justicia, encontrarán, hasta donde las leyes y la razón nos lo permitan, una respuesta efectiva para garantizar los derechos que las asisten.

Liana Mata pregunta y nos responde sobre ¿qué son las medidas de protección contra la violencia doméstica y cuál es el fundamento legal de estas? Discurre sobre las características y los principios aplicables, sobre la clasificación de las medidas de protección en típicas y atípicas, y concluye con una explicación sobre algunas limitaciones y obstáculos en la aplicación de las medidas típicas y atípicas de protección contra la violencia doméstica.

La experimentada jueza de pensiones alimentarias del Primer Circuito Judicial de San José, Elizabeth Picado Arguedas, nos presenta sus argumentaciones sobre "El apremio corporal como medida de coacción para el cumplimiento alimentario". Elizabeth nos plantea sobre el apremio corporal que "siendo que para proteger un derecho de una parte se vulnera el derecho de la contraparte, cabe preguntarse o cuestionarse si tal medida es necesaria y proporcional a la conducta omitida por el deudor alimentario y, principalmente, si esta, en la práctica, cumple efectivamente el fin perseguido". Elizabeth profundiza con otra reflexión en el sentido de si es válido preguntarse si la vulneración de un derecho fundamental para dar contenido y eficacia a otro derecho de igual categoría es realmente justificada, y si da los resultados esperados o, por el contrario, agrava el conflicto familiar y social. El artículo es apasionante y nos lleva incluso por el análisis de un proyecto de ley.

Ramón Zamora Montes, exjuez de violencia doméstica, miembro de la Comisión para el Seguimiento de la Violencia Doméstica y ahora juez de familia del Segundo Circuito Judicial de

San José, presenta el tema “Vejez, violencia y derecho”. Ramón nos motiva explicándonos que Costa Rica tiene más de doscientos ochenta mil habitantes, cuyas edades superan los sesenta y cinco años y, que para el año 2025, ese sector de la población superará las seiscientas mil personas. Eso significa que, en aproximadamente quince años, la población adulta mayor pasará del 6% al 11.5% del total nacional. Ramón nos explica que la intención de su artículo es despertar la inquietud de otros operadores jurídicos y propiciar, de algún modo, la evolución de un derecho de las personas mayores.

La opinión de las personas menores de edad como garantía procesal y derecho fundamental” es abordada por Rolando Soto Castro, juez de familia de San José y profesor universitario.. Don Rolando con su estilo sobrio y siempre interesante propone que el derecho de opinar que se garantiza a los menores de edad debe ejercerse de forma coherente con el principio del interés superior del menor; es decir, que tendrá que ser un reflejo de aquello que le convenga, por lo que no siempre la opinión de dicho menor será oportuna y necesaria, en términos de su grado de madurez, edad y estabilidad emocional y, a partir de eso, nos desarrolla las garantías procesales de las personas menores de edad y, en particular, las visiones jurisprudenciales sobre el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados. Asimismo, don Rolando presenta el tema del abogado del niño.

La autoridad parental y reformas necesarias en la legislación familiar a la luz de los derechos humanos” son abordadas interesantemente por Judith Campos Gutiérrez, jueza coordinadora del Juzgado Primero de Familia de San José, , a quien todos y todas conocemos como Yudy. Así Yudy parte de la conceptualización de la autoridad parental, de la responsabilidad parental y de las premisas modernas sobre la niñez. Pasa por el papel del Patronato Nacional de la Infancia y por la prohibición del castigo físico. Yudy concluye con una propuesta de reforma del Código de Familia sobre la responsabilidad parental.

Por su parte, Andrea Ramírez Solano, también jueza de familia, ingresa en el difícil tópico de la aplicación de los convenios de La Haya y los interamericanos con “El interés superior de la persona menor de edad en los convenios internacionales de restitución de personas menores de edad”. Andrea relaciona un tema con el otro con interesantes perspectivas.

El juez de familia de Liberia, quien en algún momento fue abogado de la Escuela Judicial, siempre inquieto, siempre profundo, aborda “Algunas reflexiones en torno a los gastos de embarazo y maternidad”. Eddy se pregunta y nos responde qué pasa, por ejemplo, si la madre no reclama

en el proceso de paternidad, el reembolso de los gastos de embarazo y maternidad y, por ende, la sentencia que acoge la paternidad no ordena el reembolso; en este caso ¿podrá la madre reclamar el pago cuando presente el proceso alimentario o ya perdió el derecho de hacerlo? ¿Qué pasa si iniciado el proceso judicial de paternidad, el padre reconoce voluntariamente a la persona menor ante el Registro Civil? ¿Perderá la madre el derecho de reclamar el reembolso? ¿Lo perdería también si se produce un reconocimiento voluntario en la fase de conciliación en el proceso judicial y no se dispone nada con respecto a los gastos de embarazo y maternidad? O, incluso, podríamos cuestionarlos ¿si una madre tiene derecho al reembolso, si nunca existieron el proceso judicial ni el administrativo, ya que la paternidad se derivó de un reconocimiento voluntario? ¿En este caso, existe o no el derecho de la madre de reclamar posteriormente el pago de los gastos de embarazo y maternidad? Y, si lo tiene, ¿dónde puede formular el reclamo, será en el proceso alimentario o en un proceso de conocimiento ante el juzgado de familia?, porque ya no podría hacerse en un proceso especial de filiación.

Es interesante este artículo como lo son todos los demás de esta revista, y sé que están ansiosos y ansiosas de iniciar la lectura de cada uno. Pero permítanme unas líneas más, un tanto sentimentales.

Para mí resulta emocionante y, a la vez, conmovedor ver todos esos esfuerzos que han realizado estos y estas profesionales para compartir con nosotros y nosotras sus conocimientos, experiencias e ideas. Esos mismos sentimientos me embargan al reflexionar lo que todos estos artículos significan en ese devenir, en ese iter progresivo de esa jurisdicción de familia que es evidente que crece, crece y crece por iniciativas de todas y todos quienes la conforman. Desde luego que si tuviéramos en frente a las personas que discutieron en los años setenta la creación de la jurisdicción de familia, estoy seguro de que les veríamos un gesto de sorpresa y de satisfacción. Espero, estoy seguro de ello, que todas estas semillas que hoy siembran estos autores y autoras y la Escuela Judicial caigan en terrenos fértiles y que rindan una cosecha al ciento por uno, al mil por uno o más.

*I*NTRODUCCIÓN

Para la Escuela Judicial resulta de gran satisfacción presentar el primer número de la revista especializada de “Colecciones de Derecho y Justicia”, de la Escuela Judicial dirigida a las jurisdicciones de familia, violencia doméstica, pensiones alimentarias y niñez y adolescencia.

Esta revista es fruto de un gran esfuerzo realizado por las juezas y los jueces en estos ámbitos de la judicatura durante el 2010, con el afán de forjar el pensamiento crítico sobre diversos institutos jurídicos de gran relevancia e interés para la praxis judicial.

Así la Escuela Judicial, propiciando un ambiente participativo de discusión y análisis, organizó seis foros virtuales y tres conversatorios en todo el territorio nacional acerca de una variedad de temas relevantes cuidadosamente seleccionados, en coordinación con la Comisión de Familia, bajo el liderazgo e impulso decidido del juez y especialista, Diego Benavides Santos.

Estas actividades contaron con la participación de los jueces y las juezas de estas materias, quienes propiciaron –mediante sus valiosos aportes discusiones de altura, serias, profesionales y respetuosas de los diversos temas desarrollados. Estos aportes fueron condensados en versión digital en el presente número. Además, cada foro y conversatorio contaron con la guía y la dirección de juezas y jueces especializados en cada ámbito jurisdiccional, quienes orientaron la discusión en las diversas actividades desarrolladas y concluyeron su participación con un ensayo o artículo sobre el tema asignado, lo cual enriquece de gran forma la presente revista especializada.

A todas las personas que hicieron posible el presente volumen de “Colecciones de Derecho y Justicia”, les extendemos un profundo agradecimiento y nuestras sinceras felicitaciones por esta contribución al quehacer jurisdiccional en el ámbito del Derecho de Familia. Les dejamos planteado también el reto de continuar apoyando a la Escuela Judicial en futuros volúmenes de la presente revista especializada y así fortalecer, mediante este instrumento, la labor académica fundamental que desarrollamos para la capacitación especializada de nuestros jueces y juezas.

L A PENSIÓN ALIMENTARIA COMO TÍTULO EJECUTIVO

Francisco López Arce

El título ejecutivo es un documento que encierra una presunción de certeza, de verdad. La declaración contenida en el título ejecutivo se presume que es cierta, que es indiscutible.¹

Es un documento al que la ley le otorga ese atributo –de ejecutivo– y que, al mismo tiempo, reúne los requisitos que ella exige. Parajeles menciona estos dos elementos, necesarios para que se configure un título ejecutivo: “... En definitiva, para que un documento pueda ser considerado título ejecutivo se debe tener en cuenta: a) que exista norma legal expresa que le conceda esa condición y b) que el documento reúna todos y cada uno de los requisitos que la ley exige.”²

En nuestro ordenamiento jurídico, era el documento idóneo para despachar ejecución y decretar embargo en un proceso ejecutivo simple (artículos 438 y 440 derogados, del Código Procesal Civil). Actualmente, es el documento que puede servir de base a un proceso monitorio, según el artículo 1, inciso 1.1) de la Ley de Cobro Judicial.

En la Ley de Pensiones Alimentarias solo los artículos 23 y 30 contienen la expresión: “título ejecutivo”. En los casos del primer artículo, no estamos en presencia de pensión alimentaria, como título ejecutivo, porque no se trata de lo que provee sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros extremos para el normal desarrollo físico y psíquico del beneficiario sino de una acción de regreso que puede emprender el deudor, quien haya pagado las cuotas provisionales, sus representantes o herederos, para lograr que la parte acreedora les restituya el monto pagado.

-
1. Incer Munguía, Guillermo. Del juicio ejecutivo. <http://www.monografias.com/trabajos6/juej/juej.shtml>.
 2. Parajeles Vindas, Gerardo (2000). Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen II. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S.A., p. 29.

¿Qué se persigue con el título ejecutorio?

Con el título ejecutorio, sin duda alguna, se persigue el decreto de embargo en los bienes del demandado; se proceda al avalúo y al remate de esos bienes.

Competencia del órgano jurisdiccional para ejecutar la resolución que establece el monto de lo adeudado

Para el Foro virtual, celebrado entre el 19 y el 30 de abril del 2010, lancé esta primera pregunta generadora de discusión: ¿En qué sede se deben cobrar las sumas adeudadas por las cuotas alimentarias a que alude el artículo 30 de la Ley Contra la Violencia Doméstica?

En lo que atañe a la “sede”, nos estábamos refiriendo al órgano jurisdiccional que ostenta la competencia material para ejecutar la resolución firme, que establece el monto de lo adeudado.

Nosotros mismos, contestamos la pregunta así: la resolución firme que establece el monto de lo adeudado, por concepto de alimentos, debe ser ejecutada por el mismo órgano jurisdiccional que la dictó. A tenor de los numerales 9, 21, 219, 220 y 629 del Código Procesal Civil, 120 y 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1º de dicha Ley, las resoluciones deben ser ejecutadas por el juez o jueza de primera instancia que conoció el proceso, salvo los casos exceptuados por ley. Dentro de esos casos –exceptuados por ley–, consideramos que no se encuentran las resoluciones dictadas en los procesos de pensiones alimentarias.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia lo ha resuelto de esa forma:

Es claro, entonces, que dentro de la esfera competencial de los juzgados de pensiones alimentarias, se encuentra la ejecución de las resoluciones que se dictan dentro del proceso que conoció en primera instancia, como sucede en la especie con las obligaciones líquidas y exigibles que se pretenden ejecutar. En estos casos, procederán conforme dispone el artículo 692 del Código Procesal Civil, al embargo, avalúo y remate de bienes, aplicando para esta fase lo establecido en la Ley de Cobro Judicial. (Sala Primera de La Corte Suprema de Justicia, voto número 1275-C-S1-2009, de las 9:46 horas del 17 de diciembre del 2009).

La Sala Segunda de La Corte Suprema de Justicia lo ha decidido casi en forma idéntica:

La pretensión de la parte actora está contenida dentro de lo estipulado por el artículo 27 y 30 de la Ley de Pensiones Alimentarias, la cual se encuentra íntimamente vinculada con la deuda alimentaria principal, pues el artículo 30 de ese cuerpo normativo hace referencia al cobro de las sumas adeudadas por concepto de alimentos. En este orden de ideas y aplicando los artículos 9, 21 y 629 del Código Procesal Civil, 1° de la Ley de Pensiones Alimentarias y 120 inciso a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es materia de los Juzgados de Pensiones Alimentarias conocer de esta clase de reclamos, sin que estén condicionados a una cuantía determinada. (Voto número 1298-2009, de las 9:30 horas del 18 de diciembre del 2009).

En el mismo sentido apuntado, el licenciado Diego Benavides, en los comentarios a la Ley, desde 1999, había expuesto:

La vía adecuada para este cobro es la misma de pensiones alimentarias, pues remitir a las partes a otras vías no resulta razonable ya que los principios procesales –de la vía civil, por ejemplo– son diferentes. En la misma requerirá de abogado y deberá pagar timbres, edictos y honorarios de ejecutor lo que iría contra el principio de gratuidad y de autopostulación que deben regir el proceso alimentario. Además deberá entrarse en un ejecutivo simple con fase de conocimiento con notificación personal o en casa de habitación y luego dictarse una sentencia y hasta después pasarse a la ejecución lo que no es razonable, máxime que el apremio patrimonial es una medida coactiva excluyente del apremio corporal.³

La ejecución de autos

Concretamente, el artículo 629 del Código Procesal Civil abarca la ejecución de autos. Recordemos que, en muchos casos, la resolución firme que establece lo adeudado, en concepto de cuotas alimentarias, es un auto. Sin lugar a dudas, “establecer el monto de lo adeudado”, a cargo del deudor alimentario, es otra forma de decir que se le condena a pagar una cantidad líquida y determinada.

¿La resolución es el título ejecutivo o título ejecutorio? ¿Para qué su certificación?

Obsérvese que título ejecutivo o título ejecutorio es la resolución firme que establece el monto adeudado; entonces, no tiene sentido expedir su certificación.

Título ejecutivo–título ejecutorio

El artículo 30 de la Ley de Pensiones Alimentarias contempla “el título ejecutivo”, por deuda alimentaria. A pesar de la denominación “título ejecutivo”, se trata de “título ejecutorio”, porque lo que se pretende es la ejecución de una resolución firme. Parajeles comenta la diferencia entre ambos títulos y explica:

El Código Procesal Civil, en sus artículos 438 y 630, utiliza en forma indistinta el concepto de “título ejecutivo”. En ambas normas se enumera una lista de documentos que gozan de esa característica, pero es indispensable dimensionar su ámbito de aplicación. Los títulos ejecutivos del numeral 438 se refieren al documento idóneo para despachar ejecución dentro de un proceso sumario ejecutivo simple. Por el contrario, los que incluye el artículo 630 son propios de un proceso de etapa de ejecución, de ahí que lo correcto sería denominar a estos últimos como “títulos ejecutorios”⁴

Dentro de las ejecuciones de sentencias y de autos la resolución del artículo 30 de la L.P.A. se ubica en las que condenan a pagar una cantidad líquida y determinada, por lo que el único trámite por seguir es el embargo, el avalúo y el remate de los bienes. En este trámite, es conveniente destacar que no hay que dar ningún traslado; no hay contestación; no son oponibles, excepciones perentorias o de fondo y no hay que dictar sentencia.

Sobre este tema en particular Parajeles expone:

El trámite por seguir es simplemente el embargo, avalúo y remate de los bienes, como lo indica el artículo 692 ibídem. No se dicta sentencia ni hay emplazamiento, por lo que no son oponibles las excepciones perentorias o de fondo. Las procesales como competencia y capacidad sí pueden ser opuestas. De haber liquidación de intereses se confiere audiencia por tres días según el párrafo segundo del artículo 693.⁵

3. Benavides Santos, Diego (1999). Ley de Pensiones Alimentarias Concordada y Comentada, con Jurisprudencia Constitucional y de Casación. San José, Costa Rica: Ed. Juritexto, pp. 79-80.

El mismo autor agrega: "En los títulos ejecutorios, a diferencia de los ejecutivos, queda superada la fase de conocimiento..."⁶

Haré énfasis en: –queda superada la fase de conocimiento–, no solo por ser uno de los rasgos distintivos de los títulos ejecutorios sino porque implica un trámite ágil: sin demanda, sin traslado, sin contestación, sin notificaciones, sin sentencia.

Conviene aclarar que el artículo 438 del Código Procesal Civil corresponde, ahora, al inciso 2.2 del artículo 2 de la Ley de Cobro Judicial, porque prevé cuáles son los documentos que revisten el carácter de títulos ejecutivos.

De paso, hacemos hincapié en que el aparte e), de este inciso, interpretado a contrario sensu, es un precepto que excepciona, **del trámite en proceso monitorio**, los casos en que proceda el cobro en el mismo proceso, como en el proceso de alimentos. Pensamos que un verdadero título ejecutivo en pensiones alimentarias, sí puede ser un documento necesario para presentar una tercería de preferencia y, en los casos en que la parte acreedora tratara de cobrar las cuotas adeudadas en otro país, donde se encuentre viviendo el deudor. Recordemos que, mediante Ley N.º 8053, publicada en La Gaceta número 12 del 17 de enero del 2001, Costa Rica aprobó la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aplicable cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en otro Estado parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos, en otro Estado parte.

En conclusión, si suprimimos, en forma hipotética, el artículo 30, el resultado sería el mismo, porque ante una gestión de la parte acreedora, el órgano jurisdiccional, igualmente, debería establecer el monto de lo adeudado por el accionado en concepto de alimentos. Esa resolución firme, sería un título ejecutivo.

4. Parajeles Vindas, Gerardo (2002). Procesos de Ejecución de Sentencia. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A., p. 15.

5. Parajeles Vindas, Gerardo (2000). Curso De Derecho Procesal Civil. Op. cit., p. 270.

6. Parajeles Vindas, Gerardo (2002). Procesos de Ejecución de Sentencia. Op. cit., p. 15.

El título ejecutorio no es numerus clausus

En esta materia de alimentos no puede haber numerus clausus, en cuanto a títulos ejecutorios, porque bastaría con que una resolución firme –auto o sentencia– establezca la obligación de pagar una cantidad de dinero, líquida y determinada, para proceder al embargo, avalúo y remate de bienes del deudor alimentario.

Resoluciones homologatorias de convenios

Según los artículos 9, 44 y 61 de la Ley de Pensiones Alimentarias; 39 del Código de la Niñez y la Adolescencia y 9, 431, 629 y 630 del Código Procesal Civil, las resoluciones que homologuen acuerdos sobre obligaciones alimentarias tendrán los mismos efectos de la sentencia ejecutoria, esto es, de la sentencia firme. Son títulos ejecutorios y procede la ejecución de las resoluciones homologatorias por la vía del **apremio patrimonial**, siempre que en ellas se establezca la obligación de pagar una cantidad de dinero, líquida y determinada.

¿De qué período son las cuotas que se pueden cobrar, por la vía ejecutiva?

En un proceso de alimentos, la parte acreedora, por la vía ejecutiva o, mejor dicho, por la vía de ejecución, en razón de ser excluyente, puede cobrar, en primer lugar, las mismas **seis cuotas mensuales** que puede cobrar por la vía del apremio corporal y, en segundo lugar, **seis cuotas mensuales**, cuando no le sea posible cobrarlas por la vía del apremio corporal. En la práctica, generalmente, los alimentos pasados son los que se cobran por la vía del apremio patrimonial. Se pueden emitir, consecutivamente, resoluciones por diferentes períodos de seis meses y proceder a su ejecución.

Algunos casos concretos en que la parte acreedora debe acudir a la vía ejecutiva

En estos casos se debe acudir a la vía ejecutiva, para cobrar las cuotas alimentarias:

- Cuando no ha gestionado, en forma reiterada o mes a mes, para cobrar las cuotas que no abarca el apremio corporal:

En el caso concreto, la actora interrumpió las solicitudes de apremio en el mes de abril y el Juez, en protección de la menor beneficiada y con fundamento en la jurisprudencia de este Tribunal, decretó el apremio por la mensualidad que corría (mayo) y otra más, debió hacerlo por

la mensualidad del mes de mayo y la inmediata anterior solicitada por la actora –marzo– que está dentro del plazo de seis meses que el legislador consideró pertinente proteger por la vía del apremio en el artículo 25 de la Ley de Pensiones Alimentarias vigente, N.º 7654... (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto número 7533-2004, de las 17:04 horas del 13 de julio del 2004).

- Cuando existe **autorización de pago en tractos** y se sobrepasa el plazo de seis meses, previsto por el artículo 25 de Ley de Pensiones:

Si bien el incumplimiento alimentario trae como consecuencia el apremio corporal, éste debe dictarse según los términos de la Ley de Pensiones Alimentarias N.º 7654 y el Código de Familia. En este caso, el monto de las cuotas de compromiso (tractos) corresponden a mensualidades dejadas de pagar por el demandado, que por autorización de la autoridad judicial tienen una forma distinta de pago, pero siempre revisten la exigibilidad por la vía del apremio corporal como cuotas alimentarias mensuales, según lo normado en el artículo 165 del Código de Familia. En ese orden, si el juzgador dictó apremio corporal por las mensualidades de abril a septiembre de dos mil tres, que se había autorizado pagar en tractos y por los meses de octubre y noviembre del mismo año, es evidente que sobrepasa el plazo dispuesto en el artículo 25 citado. De ahí que, no es procedente que el recurrido (JUEZ) haya ordenado el apremio corporal por diferencias que deben cobrarse en la vía ejecutiva... (Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia, voto número 13732-2003, de las 15:02 horas del 2 de diciembre del 2003).

- Cuando el deudor ha estado detenido.

Al respecto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 2769-2004, de las 14:30 horas del 17 de marzo del 2004, consideró:

En criterio de este Tribunal, la autoridad recurrida no podía dictar una orden de apremio por el incumplimiento durante los meses en que el recurrente ha visto restringida su libertad. Por cuanto, en aplicación de la normativa vigente, durante su reclusión, el pago de dicha obligación

queda suspendida hasta que el tutelado sea puesto en libertad, lo cual no ha ocurrido. A partir de ese momento, tanto el demandante, como el demandado podrán acceder uno a cobrar las sumas debidas mediante la vía ejecutiva y el otro a solicitar que se le autorice determinado modo de pago, si es que no puede hacerle frente de forma inmediata.

¿El plazo de seis meses es de caducidad o de prescripción, para las cuotas superiores al plazo de seis meses, o existe otra forma para cobrar esas cuotas?

El plazo de seis meses no está establecido como una caducidad o una sanción por la falta de ejercicio oportuno del derecho, por la parte acreedora. No es procedente exigirle –a la parte acreedora– gestiones de cobro, en forma reiterada, de las cuotas alimentarias, para que tenga derecho a que se le aplique el artículo 30 de la Ley de Pensiones Alimentarias.

El cobro, en forma reiterada, es un requisito que está en el artículo 25 de esa **Ley**, únicamente para el apremio corporal, pero no puede hacerse extensivo al cobro ejecutivo. En lo que atañe al apremio corporal, se justifica una aplicación restrictiva de la norma, porque se encuentra en juego la libertad de una persona y, por ende, se deben tomar en consideración principios de base constitucional, como el pro-homine y pro libertate. Es decir, la parte acreedora puede haber dejado de gestionar el cobro de una o varias cuotas alimentarias y, aún así, tiene derecho a cobrar alimentos por las sumas adeudadas durante un período no mayor de seis meses.

La imprescriptibilidad es una de las características de la obligación alimentaria

La imprescriptibilidad, de manera expresa, está establecida en el numeral 167 del Código de Familia. Se ha dicho que el derecho genérico a pedir alimentos no prescribe, porque no está en el comercio de los hombres, que es un derecho **no** patrimonial y no es transmisible; pero, que es diferente del derecho a reclamar las pensiones ya devengadas, porque estas, como todo otro derecho patrimonial, sí es susceptible de extinción, por el transcurso del tiempo.

En mi criterio, las pensiones vencidas prescriben en el plazo de tres años, según el artículo 869, inciso 1), del Código Civil, porque la parte acreedora puede exigir hasta un semestre de lo que esté en mora. Sin embargo, si ya existe una resolución firme que establezca el monto de lo adeudado por pensiones vencidas, el plazo de prescripción sería de diez años, con base en el artículo 873 del Código Civil.

En el voto número 574-2004, de las 9:30 horas del 14 de julio del 2004, de la Sala Segunda se indicó:

De lo anterior se extrae, sin lugar a dudas, que el juzgador de primera instancia resolvió el asunto en atención a la concreta pretensión de la demandante, cual era que se le resarciera la parte de los alimentos que el demandado debió concederle a su hijo y que ella asumió hasta que judicialmente pudo fijársele una cuota alimentaria...

En el Foro virtual, don Diego, nos insertó la parte crucial de ese voto.

Luego, la misma Sala Segunda, en un voto similar, número 837-2004, de las 10 horas del 1º de octubre del 2004, señaló que la pretensión de la actora **no** es el cobro de alimentos en la relación padre-hijo, sino que es distinta: el reembolso que ella debió pagar por el incumplimiento del demandado, quien no asumió la obligación hasta que le fue impuesta, judicialmente, una cuota alimentaria.

Los precedentes supra citados de la Sala Segunda, señalan que el artículo 172 del Código de Familia, y el ordinal 96 del mismo cuerpo normativo, **no** excluyen que un progenitor, en un proceso ordinario de familia, le exija, al otro, por un período superior a un año, el **reembolso** de los alimentos que dejó de pagar a favor del hijo común, en razón de ser la obligación conjunta o compartida.

En ambos casos, la Sala Segunda aplicó la prescripción decenal que prevé el artículo 868 del Código Civil. En cambio, en las seis mensualidades del artículo 30 de la Ley De Pensiones Alimentarias, en muchos casos, sí estaríamos en presencia del cobro de alimentos originados en la relación padre-hijo. Además, esta norma no contempla el supuesto de que la parte actora o acreedora cobre el reembolso de lo que ella debió pagar, para cubrir los alimentos, ante el incumplimiento del accionado, de asumir la obligación compartida de alimentar al hijo procreado en común. En otras palabras, la Sala Segunda, en los dos votos citados, aplicó la prescripción decenal a supuestos fácticos, diferentes a los previstos en el artículo 30.

El cobro de alimentos pasados, anteriores a la demanda

Por tratarse de alimentos pasados, igualmente, por la vía ejecutiva o de ejecución de sentencia, la parte acreedora puede cobrar alimentos pasados, por los doce meses anteriores a la demanda, una vez concedidos en el fallo en cantidad líquida, como lo estatuye el ordinal 172 del Código de Familia:

ARTÍCULO 172. COBRO DE ALIMENTOS PASADOS. No pueden cobrarse alimentos pasados, más que por doce meses anteriores a la demanda, y eso en caso de que el alimentario haya tenido que contraer deudas para vivir. Todo sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 96.

Sobre el particular, el licenciado Diego Benavides comenta: “Entonces, ese cobro retroactivo se puede plantear en la demanda por alimentos, y el Juez si se le solicita, podría otorgarlo en sentencia...”⁷

La expresión: “y eso en caso de que el alimentario haya tenido que contraer deudas para vivir”, no puede ser objeto de una interpretación literal, sino de una interpretación evolutiva, porque es un hecho notorio y, una realidad ineludible, que el alimentario siempre ha debido incurrir en algún gasto para sobrevivir y, por lo tanto, debe ser al deudor alimentario al que incumba la carga de la prueba, tendente a demostrar la solvencia del alimentario.

Si para alimentos actuales y futuros, los numerales 168, 169 y 173, inciso 2, del Código de Familia y 21 de la Ley de Pensiones Alimentarias, parten de la presunción de que el alimentario necesita los alimentos, no es razonable presumir que no necesitaba los alimentos pasados.

Gastos extraordinarios

En cuanto a menores de edad, los gastos extraordinarios los contempla el numeral 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En lo relativo a beneficiarios mayores de edad, siguiendo los precedentes de la Sala Constitucional, los gastos extraordinarios serían aquellos **no** previsibles, que le provean –al beneficiario– sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y, otros extremos, necesarios para su nivel acostumbrado o para su normal desarrollo físico y psíquico.

Lo que no es título ejecutivo: la confesión ficta

Como en muchos procesos de alimentos existen confesiones en rebeldía, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia no reconoce el valor de título ejecutivo, a ese tipo de confesión o confesión

7. Benavides Santos, Diego (1999). Código de Familia Actualizado, Concordado y Comentado, con Jurisprudencia Constitucional y de Casación. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, p. 301.

ficta, criterio que ha sido avalado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

VI. DE LA CONFESIÓN FICTA Y SUS EFECTOS. La jurisprudencia impugnada –del TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL DE SAN JOSÉ– no reconoce el valor de título ejecutivo a la confesión ficta o en rebeldía, sino que exige que la misma sea simple y llana, consideración que en modo alguno resulta ni un exceso de la función interpretativa, así como tampoco el ejercicio de la función legislativa, como arguye el accionante; sino que responde a la naturaleza jurídica y definición dada al título ejecutivo como tal y, por ende, no es contraria al Derecho de la Constitución... (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 11900-2005, de las 14:54 horas del 31 de agosto del 2005).

De por sí, la confesión ficta admite, siempre, la producción de prueba en contrario. "...A diferencia de la confesión expresa que posee efectos vinculantes para el juez y es, en principio irrevocable, la ficta confessio admite la producción de prueba en contrario."⁸

Así se ha pronunciado la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia: "... En efecto, como se explicó en el voto de esta Sala número 544 de las 9:20 horas del 1° de julio del 2004, la confesión tácita constituye una presunción 'iuris tantum', que puede combatirse con pruebas en contrario..." (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto número 364-2005, de las 10:35 horas del 13 de mayo del 2005).

Ejemplo: a una audiencia de recepción de prueba no compareció el accionado –deudor alimentario– a rendir confesión. La actora pidió que –en el acta respectiva– se consignara esto: que el accionado exprese que él se comprometió, con ella, a pagar la suma de **trescientos mil colones**, en los primeros veinte días del mes de enero, de cada año, como gastos de entrada a clases, a favor de sus dos hijos menores de edad: Juan Pablo y Luis Ángel, ambos Brenes Abarca. El juez que recibió la prueba, consignó lo solicitado de esa forma.

En rebeldía, no se podría tener al accionado como confeso, en el sentido de que él debe pagar la suma de **trescientos mil colones**, en los primeros veinte días del mes de enero, de cada año, como gastos de entrada a clases, a favor de sus dos hijos menores de edad: Juan Pablo y Luis Ángel Brenes Abarca, con el fin de que la actora le cobre esa cantidad por la vía ejecutiva.

El apremio patrimonial y la retención o deducción salarial son vías coactivas, excluyentes de la vía del apremio corporal

Se debe tener en cuenta que no procede decretar el apremio corporal, si al deudor alimentario se le está practicando una retención de su salario, de su jubilación o de su pensión –o de algún otro tipo de ingreso– y que tampoco procederá si la parte acreedora alimentaria acude a la vía ejecutiva a cobrar las cuotas adeudadas.

Al respecto, el artículo 25 de la Ley de Pensiones Alimentarias, en sus párrafos primero y segundo, establece:

Artículo 25. Procedencia del apremio. El apremio corporal procederá hasta por seis mensualidades, incluyendo el período vigente, siempre que la parte actora haya gestionado el cobro en forma reiterada. El apremio no procederá si se probare que al obligado se le practica la retención efectiva sobre salarios, jubilaciones, pensiones, dietas u otros rubros similares.

El apremio (corporal) no podrá mantenerse por más de seis meses; se revocará, si la parte interesada recurre a la vía ejecutiva para cobrar la obligación o si el deudor alimentario la cancela.

El artículo 28, párrafo final, ibídem afirma: “Cuando la pensión se deduzca directamente del salario del deudor alimentario, por indicación del juez, el patrono tendrá la obligación de proceder en la forma señalada en el párrafo anterior.”

Asimismo, el artículo 62 la Ley estatuye:

Artículo 62. RETENCIÓN DE SALARIO Y RESPONSABILIDAD PATRONAL. Cuando el deudor de alimentos posea una fuente regular de ingresos, por gestión de la parte interesada podrá ordenarse retener el monto correspondiente a la cuota alimentaria impuesta. La orden deberá ser acatada por el patrono o el encargado de practicar las retenciones quienes, en caso de incumplimiento, serán solidariamente responsables del pago de la obligación, esto sin perjuicio de que sean sancionados por el delito de desobediencia, contemplado en el Código Penal.

Al respecto, el artículo 25 de la Ley de Pensiones Alimentarias, en sus párrafos primero y segundo, establece:

Artículo 25. Procedencia del apremio. El apremio corporal procederá hasta por seis mensualidades, incluyendo el período vigente, siempre que la parte actora haya gestionado el cobro en forma reiterada. El apremio no procederá si se probare que al obligado se le practica la retención efectiva sobre salarios, jubilaciones, pensiones, dietas u otros rubros similares.

El apremio (corporal) no podrá mantenerse por más de seis meses; se revocará, si la parte interesada recurre a la vía ejecutiva para cobrar la obligación o si el deudor alimentario la cancela.

El artículo 28, párrafo final, *ibídem* afirma: “Cuando la pensión se deduzca directamente del salario del deudor alimentario, por indicación del juez, el patrono tendrá la obligación de proceder en la forma señalada en el párrafo anterior.”

Asimismo, el artículo 62 la Ley estatuye:

Artículo 62. RETENCIÓN DE SALARIO Y RESPONSABILIDAD PATRONAL. Cuando el deudor de alimentos posea una fuente regular de ingresos, por gestión de la parte interesada podrá ordenarse retener el monto correspondiente a la cuota alimentaria impuesta. La orden deberá ser acatada por el patrono o el encargado de practicar las retenciones quienes, en caso de incumplimiento, serán solidariamente responsables del pago de la obligación, esto sin perjuicio de que sean sancionados por el delito de desobediencia, contemplado en el Código Penal.

La prioridad de la deuda alimentaria –sobre otros créditos–, la reafirma el artículo 64 de la Ley, al referirse a la preferencia de la retención alimentaria: “ARTÍCULO 64. Preferencia de la retención alimentaria. Para retener la cuota alimentaria ordenada por la autoridad, los embargos sobre los sueldos no constituirán obstáculo y solo cubrirán el importe no cubierto por la imposición alimentaria”.

8. Varela, Casimiro A. “Valoración de la prueba”. Citado por Parajeles Vindas (compilador) en: *La prueba en el proceso civil*.

Las retenciones hechas por monto inferior a la cuota alimentaria no autorizan apremio corporal en forma automática

En forma automática, aunque lo pida la parte acreedora, la autoridad judicial no puede decretar apremio corporal contra el deudor alimentario cuando la retención salarial, por parte del patrono, no se está llevando a cabo en forma íntegra, pues, de previo, debe prevenirle el pago de las diferencias adeudadas. En relación con este extremo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha decidido:

De lo esbozado en el considerando anterior, se colige que a pesar de que la autoridad judicial constate que la retención del salario por parte del patrono no se está realizando de una manera íntegra, no podrá ordenar el apremio corporal en forma automática, sino que deberá prevenir al deudor el pago de los montos adeudados... (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 3134-2008, de las 15:33 horas del 4 de marzo del 2008).

Diferencia entre retención y embargo

La retención –o deducción salarial– es diferente al embargo. Se podría decir que la retención es como una forma de “secuestro”; va dirigida, directamente, a que, con ella, se haga efectivo pago a la acreedora alimentaria –o acreedor alimentario–, de la cuota alimentaria de un determinado período, de alimentos presentes. De tal manera que, en algunos casos, por concepto de retención se podría abarcar la totalidad del salario devengado por el deudor, si este cuenta con otras fuentes de ingresos económicos.

El embargo es una medida cautelar que tiende a asegurar el resultado de un derecho; lo que, normalmente, supone una resolución posterior, debidamente motivada, en la cual se decide girar la cantidad embargada a la parte acreedora y en qué concepto. Está sujeto a las limitaciones del artículo 172 del Código de Trabajo:

Artículo 172 del Código de Trabajo. Son inembargables los salarios que no excedan del que resultare ser el menor salario mensual establecido en el decreto de salarios mínimos vigente al decretarse el embargo. Si el salario menor dicho fuere indicado por jornada ordinaria se multiplicará su monto por veintiséis para obtener el salario mensual.

Los salarios que excedan de ese límite son embargables hasta en una octava parte de la porción que llegue hasta tres veces aquella cantidad y una cuarta parte del resto. Sin embargo, todo salario será embargable hasta en un cincuenta por ciento como pensión alimenticia.

Por salario se entenderá la suma líquida que corresponda a quien lo devengue una vez deducidas las cuotas obligatorias que le correspondan pagar por ley al trabajador. Para los efectos de este artículo, las dietas se consideran salario.

Aunque se trate de causas diferentes, no podrá embargarse respecto a un mismo sueldo sino únicamente la parte que fuere embargable conforme a las presentes disposiciones. En caso de simulación de embargo se podrá demostrar la misma en incidente creado al efecto dentro del juicio en que se aduzca u oponga dicho embargo. Al efecto los tribunales apreciarán la prueba en conciencia sin sujeción a las reglas comunes sobre el particular. Si se comprobare la simulación, se revocará el embargo debiendo devolver, el embargante, las sumas recibidas.

Más sobre el embargo

El embargo preventivo es una medida cautelar que pretende asegurar el resultado económico de una resolución o sentencia, para evitar que el deudor –accionado– pueda hacer ilusorio ese resultado, mediante el ocultamiento o la distracción de sus bienes. (Artículo 272 del Código Procesal Civil).

El embargo preventivo es una medida de aseguramiento que tiende a garantizar el resultado económico de la sentencia, la que procede, cuando el demandado pueda hacer ilusorio ese resultado con el ocultamiento o distracción de los bienes...⁹

Los embargos preventivos no se ordenan más un cincuenta por ciento para garantizar intereses y costas futuros, como sucedía en los procesos ejecutivos simples, y ocurre actualmente en los procesos monitorios, previstos por la Ley de Cobro Judicial.

A estos otros **embargos –no preventivos–**, se refiere el artículo 5.2 de la Ley de Cobros:

Si se aporta título ejecutivo, a petición de parte, se decretará embargo por el capital reclamado y los intereses liquidados, más un cincuenta por ciento (50%) adicional para cubrir intereses futuros y costas; el embargo se comunicará inmediatamente. Si el documento carece de ejecutividad, para decretar la medida cautelar, deberá realizarse el depósito de garantía del embargo preventivo.

El salario escolar sí puede ser embargado hasta en un ciento por ciento (100 %)

A diferencia del salario común, el salario escolar sí puede ser embargado hasta en un ciento por ciento, dada la finalidad que con él se persigue.

El artículo 11 de la Ley 8682, publicada en La Gaceta N.º 237 de 8 de diciembre del 2008, reza:

Artículo 11. Cuando la pensión alimentaria tenga como acreedor a un menor de edad o a un estudiante menor de veinticinco años, el salario escolar podrá embargarse hasta en un ciento por ciento (100%). Cuando exista más de un acreedor en los términos señalados en el presente artículo, el salario escolar se prorrateará proporcionalmente entre todos los beneficiarios.

Embargo preventivo para asegurar pensiones alimentarias retroactivas concedidas en proceso de declaración de paternidad

El párrafo cuarto del artículo 96 del Código de Familia indica:

Para asegurar el pago de pensiones retroactivas, el órgano jurisdiccional competente en materia de alimentos, al dar curso al proceso, decretará embargo de bienes contra el demandado, por un monto prudencial que cubra los derechos de las personas beneficiarias. Dicho embargo no requerirá depósito previo ni garantía de ningún tipo.

La **no** exigencia de depósito previo –ni de garantía de ningún tipo– para solicitar y decretar dicho embargo preventivo, se encuentra acorde con los principios de gratuidad y oficiosidad, previstos por el artículo 2 de la Ley de Pensiones Alimentarias.

Igualmente, tales pensiones retroactivas –no sujetas al plazo de seis meses–, concedidas en sentencia, en una suma líquida, serían título ejecutivo.

El salario escolar puede ser objeto de deducción o retención por pensión alimentaria

De igual manera que el salario común, el salario escolar puede ser objeto de deducción o retención, por concepto de pensión alimentaria.

El artículo 10 de la Ley N.º 8682, publicada en La Gaceta número 237 del 8 de diciembre del 2008, dispone:

El salario escolar será objeto de rebajo por concepto de pensión alimentaria. Las entidades financieras, asociaciones solidaristas u organizaciones cooperativas, encargadas de tramitar órdenes judiciales con el fin de realizar las retenciones y los depósitos por concepto de salario escolar, deberán tramitarlas en forma prioritaria y diligente. En caso de incumplimiento, se aplicará lo establecido en el artículo 62 de la Ley de Pensiones Alimentarias. Las entidades financieras, asociaciones solidaristas u organizaciones cooperativas encargadas de girar o depositar el salario escolar, se atenderán a lo señalado en este artículo.

El principio de gratuidad y las costas

El principio de gratuidad no significa que no se pueda condenar, al vencido, al pago de las costas personales y procesales.

El principio de gratuidad se dirige a hacer efectivo los derechos constitucionales, fundamentales, de igualdad y de acceso a la justicia, ello no significa que aquellos gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes, tengan igualmente que someterse al principio de gratuidad. Por el contrario, si bien toda persona tiene el derecho de acceder, sin costo alguno, a la administración de justicia, no sucede lo mismo con los gastos necesarios para obtener la declaración de un derecho. Por tal razón, la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas –usualmente

a quien ha sido vencido en el juicio–; o sea, de los gastos en que incurrió la parte favorecida o su apoderado (mediante escritos, diligencias, revisión de expedientes) durante todo el trámite del proceso. Se trata de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.

Casos donde se removieron los obstáculos procesales para el acceso a la justicia

En aplicación de este principio y derecho fundamental de acceso a la justicia, los jueces deben remover los obstáculos procesales que, fuera de toda razón e injustificados, conduzcan, de hecho, a una denegación de justicia.

En esta materia, en dos casos concretos, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia removió los obstáculos procesales: el primero, consistía en la ausencia del escrito original de revocatoria, con apelación en subsidio, enviado por el accionado vía fax y el segundo estribaba en la ausencia de la autenticación de la firma del accionado, por parte de un abogado, en un escrito remitido por aquel.

- En el primer caso, la autoridad judicial dispuso reservar el conocimiento del recurso de revocatoria, con apelación en subsidio, que interpuso el accionado, contra la sentencia que le impuso la obligación de pagar una pensión alimentaria, a favor de su hijo, hasta tanto no aportara el escrito original de dicho recurso, debido a que lo presentó vía fax. Esto lo decidió la jueza de pensiones alimentarias, aplicando lo que disponía el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, antes de su derogación parcial por la Ley de Notificaciones Judiciales, N.º 8687, publicada en La Gaceta número 20 del 29 de enero del 2009. Pero omitió aplicar los principios procesales que imperan en esta materia de pensiones: de gratuidad, oralidad, celebridad, oficiosidad, verdad real, sencillez, informalidad y sumariedad.

En el voto número 00001-2006, de las 9:00 horas del 6 de enero del 2006, la Sala Constitucional declaró con lugar el recurso de hábeas corpus, considerando que la autoridad recurrida violentó, en perjuicio del recurrente –privado de libertad–, su derecho al acceso a la justicia consagrado en los artículos 41 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la vez, ordenó tener por interpuesto el recurso de revocatoria, con apelación en subsidio, por parte del deudor alimentario, contra la sentencia.

- En el segundo caso, el deudor recurrió contra un Juzgado de Pensiones, en virtud de que remitió por fax; luego, presentó el original, por medio de un tercero, o sea, un escrito en el que se oponía al monto de la pensión alimentaria impuesta en su contra y con una autorización para que personas de su confianza pudieran tener acceso al expediente, porque él se encontraba detenido. El Juzgado decidió agregar, a sus antecedentes, las manifestaciones del recurrente y rechazar la solicitud de que personas de confianza de él, puedan realizar los trámites pretendidos, argumentando que el escrito no estaba autenticado.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 1002-2006, de las 18:47 horas del 31 de enero del 2006, declaró con lugar el recurso de hábeas corpus. Al mismo tiempo, ordenó al Juez de Pensiones Alimentarias dar trámite a las gestiones interpuestas por el amparado el 13 de diciembre del 2005.

Dicha Sala, también, en el voto 011532-2005, de las 12:09 horas del 26 de agosto del 2005, removió un obstáculo para que el amparado pudiese ejercer su derecho y consideró que el artículo 12 de la Ley de Pensiones Alimentarias plasma el Principio de gratuidad:

Por ello, a juicio de este Tribunal, la autoridad judicial debió ejercer las amplias atribuciones que en su condición de Juez de la República le confieren la Constitución y las Leyes con el objeto de remover el obstáculo que impide el ejercicio efectivo de ese derecho del amparado. Los principios procesales que imperan en la materia de pensiones, de gratuidad, oralidad, celeridad, oficiosidad, verdad real, sencillez, informalidad y sumariedad conducen a la misma conclusión. Solo por citar una posibilidad, pudo ordenar la presentación del amparado a su despacho a fin de que ratificara el escrito en el que formuló el incidente de rebajo de cuota de pensión alimentaria. Discrepa, la Sala de la Jueza recurrida, en tanto afirma que lo resuelto tiene asidero en el artículo 12 de la Ley de Pensiones Alimentarias, pues por el contrario, al disponer que las gestiones con motivo de la de dicha ley podrán ser verbales o escritas y no requerirán autenticación si el firmante las presentare personalmente, tanto en primera como en segunda instancia (...). La norma plasma los principios de gratuidad, informalidad y oralidad y pretende que el acceso a la justicia sea lo más democrático posible, y de esa forma permite la tutela efectiva del derecho de acceso a la justicia del amparado...

No condenar en costas, otra forma de discriminación contra las mujeres

Mi tesis sostenida en el Foro virtual mantiene que, un noventa por ciento, o más, de las acreedoras alimentarias son mujeres, no condenar, en ningún caso, en costas, implicaría otra forma de discriminación, en perjuicio de ellas en razón de género.

Las juzgadoras y los juzgadores no deben olvidar la desigualdad que se da, en la realidad, entre hombres y mujeres, a pesar de los enunciados, bien intencionados, que encontramos en las leyes o en los decretos. Esto lo trae a colación la autora Pérez Duarte y Noroña:

(...) el juzgador debe tomar en consideración que la desigualdad entre varones y mujeres –más allá de los decretos y las buenas intenciones de la declaración sobre la igualdad ante la ley– se refleja, en la realidad, en jornadas diferentes de trabajo –dobles para la mujer sobre quienes gravita la atención del hogar y la crianza de los hijos e hijas, además de la necesidad de obtener un empleo remunerado– en salarios desiguales, en la asignación de trabajos no remunerados y desvalorizados en la sociedad.¹⁰

Para tomar en consideración dicha desigualdad, deben tener claro que la perspectiva de género nos ayuda a reconocer, por lo menos, dos aspectos fundamentales en materia de alimentos: la invisibilidad del trabajo doméstico y la invisibilidad de la guarda, crianza y educación, de los hijos. Hasta las mismas mujeres invisibilizan estas labores pues cuando a muchas de ellas se les pregunta en qué trabajan, responden que no trabajan, pero, en la realidad se dedican a los oficios domésticos y a la crianza de sus hijos.

Son muchos los casos donde los deudores alimentarios argumentan –si bien no como eximente, sí para que se les reduzca el monto de la cuota– que las actoras no trabajan, a pesar de que ellos mismos reconocen que se encargan de las labores domésticas y del cuidado de sus hijos. Son ellas quienes deben atender las necesidades inmediatas de los niños, haciendo malabares económicos y estirando los escasos dineros de las cuotas alimentarias que reciben. Ahora bien, la persona que nunca ha realizado labores domésticas ni ha atendido el cuidado temporal de sus hijos, no tiene la menor idea de lo prolongado y agotador de esas actividades.

10. Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena (1998). La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral. Segunda edición. México D. F.: Ed. Porrúa, p. 232.

¿Qué es la perspectiva de género?

Es importante que la jueza o el juez de pensiones alimentarias, para el desarrollo de su delicada función, tenga claro lo que es la perspectiva de género.

La perspectiva de género es una herramienta de análisis que ayuda a comprender la diferencia y la desigualdad en la asignación del poder, de los espacios, de los valores, entre otros, que se le asignan a las mujeres y a los hombres en la sociedad. Esta perspectiva permite también formular e identificar una alternativa más igualitaria y una organización social más aceptable desde el punto de vista de la estructura y de las formas de relación entre los géneros.

De igual manera, la perspectiva de género sirve para reconocer:

- La invisibilidad del trabajo doméstico.
- La explotación por razones de raza, etnia y clase social.
- La diferenciación social por edad.
- La triple función de las mujeres (productiva, reproductiva y comunitaria).
- Oportunidades y limitaciones.
- Oportunidades para hombres y mujeres.
- La subordinación en las relaciones de poder.
- La violencia de género.

La perspectiva de género también favorece:

- 1) La equidad en las relaciones de género.
- 2) La autonomía e independencia de las mujeres.
- 3) La democratización en el acceso a los recursos de desarrollo.

En definitiva, la perspectiva de género en el Derecho, significa la promoción de la igualdad y de las nuevas identidades de género, reduciendo o eliminando las causas y efectos de la discriminación en el ámbito jurídico¹¹

11. Staff Wilson, Mariblanca (2004). "La Perspectiva de Género en el Derecho". Revista Pensamiento Jurídico Feminista. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A., pp. 64-65.

Dos actividades importantísimas, no remuneradas, realizadas por las mujeres deben ser tomadas en cuenta en la materia de pensiones alimentarias

Se recurra o no se recurra, a la perspectiva de género, la vasta experiencia adquirida en este campo lleva a insistir, una vez más, en que esas dos actividades deben ser analizadas y tomadas en cuenta en la materia de pensiones alimentarias. Sorprende ver sentencias en las cuales se insta a las actoras a buscar trabajo remunerado, con el fin de que contribuyan con los varones y asuman, en parte, el costo de los alimentos de sus hijos.

Históricamente se han atribuido a las mujeres, principalmente, dos actividades no remuneradas, que implican dos formas de discriminación: los oficios domésticos y la crianza de los hijos, como si ambas fuesen algo natural, inherentes a ellas. Por ende, una fijación o determinación del monto de la cuota alimentaria no puede dejar de lado estos factores, frecuentemente invisibilizados, como ya se enunció y ha sido dicho hasta por las propias mujeres.

Violencia de género

La invisibilización del trabajo doméstico y la invisibilización de la crianza de los hijos, por parte de los hombres, constituyen dos formas de violencia de género. Al menos, sobre la primera invisibilización y la violencia de género, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

(...) No obstante, tal afirmación carece de sustento probatorio. Aparte de que en los autos quedó debidamente demostrado que durante algunos períodos la accionante sí realizó trabajo remunerado (ver prueba a folios 130 y 131), la posición del accionado nunca podría ser acogida por esa Sala. Véase que con tal posición se pretende invisibilizar la labor doméstica que diariamente debió realizar la actora en su hogar, por la que nunca percibió remuneración alguna y que, sin lugar a dudas, pudo representar mayores sacrificios y desgastes que los que hubiera podido enfrentar ante un trabajo realizado fuera del hogar. Esa desvalorización de las actividades domésticas, que normalmente son llevadas a cabo por las mujeres, no puede ser aprobada, pues constituye una de las normales manifestaciones de la violencia por razones de género y, por ende, odiosa y discriminatoria. (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto número 898-2004, de las 10:35 horas del 27 de octubre del 2004).

Incluso la Sala Constitucional ha reconocido que la mujer ha sido, históricamente, discriminada:

(...) Así, en el caso específico de la mujer –que es el que aquí interesa– dada la discriminación que históricamente ha sufrido y el peso cultural que esto implica, se ha hecho necesaria la promulgación de normas internacionales y nacionales para reforzar el principio de igualdad y lograr que tal principio llegue a ser una realidad, de modo que haya igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres... (VOTO número 3419-2001, de las 15:29 horas del 2 de mayo del 2001).

Conclusiones

1. **El mismo Juzgado de Pensiones Alimentarias** que dictó la resolución en la cual establece el monto de lo adeudado, es el órgano competente para proceder a su ejecución.
2. No se necesitan certificaciones de la resolución firme.
3. **Queda totalmente excluido el proceso monitorio, para el cobro de las seis mensualidades** del artículo 30 de la **Ley de Pensiones Alimentarias**. Otra cosa es la aplicación supletoria de alguna de las normas que lo regulan en la **Ley de Cobro Judicial**.
4. La resolución debe imponer, al accionado, la obligación de pagar intereses legales, a la parte acreedora.
5. La resolución debe condenar, al vencido, a pagar, a la parte acreedora, las costas personales y procesales de la ejecución.
6. La resolución debe decretar el embargo en bienes del deudor alimentario y el **juzgado** debe proceder a hacerlo efectivo, en forma inmediata, aunque no esté firme, por tratarse de una medida cautelar.
7. Para el remate sí es necesario que la resolución esté firme.
8. La parte acreedora alimentaria no pierde su derecho a cobrar las cuotas insolutas, por la vía de ejecución, aunque no haya gestionado en forma reiterada, o mes a mes.

Bibliografía

Benavides Santos, Diego (1999). *Código de Familia Actualizado, Concordado y Comentado, con Jurisprudencia Constitucional y de Casación*. San José, Costa Rica: Ed. Juritexto.

_____. (1999). Ley de Pensiones Alimentarias Concordada y Comentada, con Jurisprudencia Constitucional y de Casación. San José, Costa Rica: Ed. Juritexto, pp. 79-80.

Incer Munguía, Guillermo. "Del juicio ejecutivo". Recuperado en:
(<http://www.monografias.com/trabajos6/juej/juej.shtml>).

Parajeles Vindas, Gerardo (2000). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Volumen I y II. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A., San José, Costa Rica.

_____. (2002) *Procesos de ejecución de sentencia*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A.

Staff Wilson, Mariblanca (2004). "La Perspectiva de Género en el Derecho". *Revista Pensamiento Jurídico Feminista*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A.

Varela, Casimiro A. "Valoración de la prueba". Citado por Parajeles Vindas (compilador) en: *La prueba en el proceso civil*.

Jurisprudencia

Voto número 1275-C-S1-2009, de las 9:46 horas del 17 de diciembre del 2009, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Voto número 574-2004, de las 9:30 horas del 14 de julio del 2004; voto número 837-2004, de las 10 horas del 1º de octubre del 2004; voto número 898-2004, de las 10:35 horas del 27 de octubre del 2004; voto número 364-2005, de las 10:35 horas del 13 de mayo del 2005; voto número 1298-2009, de las 9:30 horas del 18 de diciembre del 2009 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Voto 300 de 1990; voto 6093-94, de las 9:12 horas del 18 de octubre de 1994; voto número 1392-2000, de las 18:40 horas del 9 de febrero de 2000; voto número 9685-2000, de las 14:56 horas del 1º de noviembre del 2000; voto número 3419-2001, de las 15:29 horas del 2 de mayo del

2001; voto número 574-2004, de las 9:30 horas del 14 de julio del 2004; voto número 011532-2005, de las 12:09 horas del 26 de agosto del 2005; voto número 00001-2006, de las 9:00 del 6 de enero del 2006; voto número 1002-2006, de las 18:47 horas del 31 de enero del 2006; voto número 3134-2008, de las 15:33 horas del 4 de marzo del 2008, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

***N*ECESIDAD DE REPLANTEAR EL CONCEPTO DE VÍNCULO FILIAL EN LOS PROCESOS HETERÓLOGOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

M. Sc. Karla Ramírez Quesada

En los últimos tiempos, el mundo ha sido testigo de un vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología, en la actualidad se cuenta con instrumentos y mecanismos que hace unos años ni siquiera se imaginaban.

El desarrollo biotecnológico ha posibilitado la creación de las técnicas de fecundación asistida, como instrumentos cuya finalidad primordial está en ayudar a las parejas estériles a concebir un hijo o hija y formar una familia.

En la actualidad, es posible concebir un ser humano fuera del cuerpo de la madre, con gametos propios de la pareja o de una tercera persona donante; prácticas que hace unos años eran imposibles de imaginar, la única idea que existía era la de concepción en el ámbito natural.

En la aplicación de dichas técnicas puede distinguirse el interés de la mujer de ser madre y el del hombre de ser padre. Si interviene un tercero ajeno a la pareja, por ejemplo en el caso de la inseminación o fecundación in vitro heteróloga, existirá un nuevo interés en juego y que podría ser el mismo de la madre o pareja que desea tener un hijo o, por el contrario, podrá ser opuesto, si el tercero desea que se reconozca su relación biológica con el hijo.

El presente artículo pretende realizar un análisis de la realidad actual en materia de biotecnología, específicamente en el campo de las técnicas de fecundación asistida, delimitando el tema a la

fecundación in vitro, la inseminación artificial y la intervención de un tercero donante en el proceso reproductivo, con especial referencia a la determinación de la filiación. Al respecto surge una pregunta ¿podrá la voluntad procreacional, determinar la filiación del hijo o hija producto de una técnica de procreación asistida heteróloga?

Es importante mencionar que es un tema muy complejo y presenta muchas aristas, muchas formas de analizarlo; además, hay muchos aspectos que no se investigaron por la delimitación del tema, pero se pretende generar interés y discusión para próximas investigaciones.

1. Inseminación artificial

López Bolado, en su obra *Los médicos y el Código Penal*, define la inseminación artificial como el procedimiento por el cual se introduce espermatozoides humanos en el interior de los órganos genitales femeninos prescindiendo de la relación sexual, con el fin de lograr el encuentro del espermatozoide con el óvulo y obtener la fecundación de este.¹

Esta técnica consiste en depositar en la vagina o en el útero de la mujer, semen del marido o de un tercer donante, para tratar de obtener el embarazo, como recurso del tratamiento de la esterilidad masculina y femenina.²

-
1. López Bolado, Jorge (1981). *Los médicos y el Código Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universal, p. 177.
 2. Para la IFFS (International Federation of Fertility Societies), la inseminación artificial presenta ventajas y desventajas. Dentro de las ventajas está que la mayoría de las inseminaciones son intrauterinas, son fáciles de realizar y por esta razón fácilmente repetibles. Además la eficacia de la inseminación artificial es variable pero debido a que se pueden repetir varios tratamientos, la tasa de embarazo es generalmente mayor que la expectativa natural de embarazo natural. La desventaja que presenta según ellos, es la gran variabilidad de su eficacia dependiendo de sus indicaciones, sin olvidar los riesgos de los ciclos de inducción de la ovulación repetidos que se realizan en estas pacientes para obtener unas tasas de embarazo satisfactorias. "CONSENSO INTERNACIONAL SOBRE PROCREACIÓN ASISTIDA". Documento realizado por P. Barri (España), Jean Cohen (Francia), L. Hamburger (Suiza), A. Handyside (Reino Unido), J. Mandelbaum (Francia), J. Schenkar (Israel), R. Schoysman (Bélgica), A. Speirs (Australia), A. Van Steirteghem (Bélgica), G. H. Zilmaker (Holanda), 1998, p. 5. http://www.mnnet.tr/itts/e_artbis.htm.

Existen dos tipos de inseminación artificial:

- a. Inseminación artificial homóloga: consiste en introducir a la mujer, semen de la pareja, obtenido por un medio diferente a la eyaculación normal de una relación sexual.
- b. Inseminación artificial heteróloga: se define como aquella técnica donde el semen del varón no es obtenido de la pareja sino de un tercer sujeto que es el donador.

La aplicación de un método artificial de inseminación requiere de un estudio minucioso a la pareja solicitante para verificar la aceptación del método. Primero se practica el examen del semen, posteriormente se realiza un examen completo a la mujer, donde se analiza el moco cervical, el ciclo de ovulación, las trompas de Falopio y una serie de exámenes de laboratorio clínico.

Si después de los estudios anteriores se concluye que la pareja tiene las condiciones requeridas se inicia el procedimiento, introduciendo el semen dentro de la vagina de la mujer para la fecundación. De acuerdo con los expertos, si después de doce meses de aplicación de esta técnica la mujer no queda embarazada, es preciso concluir esta y pasar a otras como la fecundación in vitro.³

2. Fecundación in vitro

El procedimiento de la fecundación in vitro o FIV, es muy complejo y delicado, por lo que se requiere de una gran pericia por parte de los biólogos y genetistas, diestros en el laboratorio.

Esta técnica fue creada y desarrollada para afrontar la esterilidad, padecimiento que afecta a uno o a ambos miembros de la pareja y que, desde el punto de vista médico, es válido agotar todas las opciones para superarlo.

La fecundación in vitro es un procedimiento de laboratorio mediante el cual se extraen los gametos humanos para ser fecundados en una caja de Petri o tubo de ensayo; luego, de que la concepción se da, se transfieren al útero de la madre para su posterior anidación y desarrollo.

Dicha técnica se puede ver en tres etapas: la obtención del óvulo maduro, su fertilización in vitro en el laboratorio y su implantación uterina.

Soto Lamadrid dice que la técnica de fecundación in vitro consiste básicamente en reproducir el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice intracorpore.⁴

Stella Maris Martínez la define como aquella técnica terapéuticamente aconsejable para la mujer que, produciendo óvulos en forma normal y en posesión de un útero apto para la gestación, no obtiene un embarazo debido a problemas de cualquier índole en sus trompas de Falopio, lo cual impide que el óvulo fecundado llegue al útero.⁵

Del análisis de los citados conceptos se puede decir que la fecundación in vitro es un procedimiento de laboratorio mediante el cual, expertos en la materia, manipulan los gametos obtenidos de la pareja o donados por terceras personas, hasta lograr la fecundación en tubos de ensayo que luego es transferida al vientre de la madre para el desarrollo normal del embarazo.

Se puede hablar de dos tipos de fecundación in vitro:

- a. Fecundación homóloga: se realiza utilizando gametos de la pareja. Según doctrina en el tema, este tipo se aplica en casos de obstrucción de trompas, lesiones en el cuello del útero, alteración del moco cervical, en la mujer; en el varón, por problemas de movilidad y cantidad de espermatozoides. En este caso la pareja cuenta con los gametos necesarios para procrear, sin embargo, por dificultades no se puede realizar la fecundación por los medios naturales.
- b. Fecundación heteróloga: consiste en la fecundación del óvulo y el espermatozoide con alguno de los gametos donado por una tercera persona.

3. Alfaro Cortés, Luis y Díaz Jiménez, Maureen (1997). Análisis de la Normativa vigente e integral para la Reproducción Asistida. Tesis para optar por el grado de Licenciatura, San José, Universidad Panamericana, 442 pp.

4. Soto Lamadrid, Miguel Ángel (1990). Biogenética, Filiación y Delito. Buenos Aires: Editorial Astrea S. A., p. 33.

5. Martínez Stella, Maris. Citado por Vidal Marciano (1998). Cuestiones actuales de Bioética. San José: Editorial Eidos.

Se pueden presentar varios casos:

- Que la fecundación se dé con espermatozoides de un tercero e implantación en el útero de la mujer solicitante.
- Que la fecundación se dé con un óvulo de una tercera persona e implantación en el útero de la mujer solicitante.
- Que se utilice la implantación del embrión de una pareja en el útero de una tercera persona, esto recibe el nombre de madre sustituta o subrogación de vientre.

En síntesis, son tres los supuestos que se pueden dar:

- el óvulo fecundado es donado
- el semen fecundante proviene de un tercero
- ambos gametos sean donados

La fecundación heteróloga se da cuando en la pareja por problemas de esterilidad existe ausencia total de los gametos; es decir, no hay óvulos en la mujer ni espermatozoides en el hombre o que, por enfermedades graves, no tengan funcionalidad.

En relación con la admisibilidad de las técnicas descritas, existen posiciones antagónicas, debido a que es un proceso creado y desarrollado por el hombre, donde se manipula material genético y bienes de mucha relevancia.

En el fondo de todas las técnicas de procreación artificial, y sobre todo en su admisibilidad, subyacen convicciones éticas, religiosas, culturales, morales y jurídicas.

3. La filiación de los concebidos por fecundación asistida heteróloga

El desarrollo biomédico y biotecnológico en el ámbito de la reproducción humana asistida ha creado un debate no solo ético y religioso sino, también, jurídico, pues las consecuencias que generan dichos avances no son fácilmente sistematizables y consecuentemente de difícil inclusión en las leyes, generándose conflictos de aplicación del Derecho y su interpretación.

Una de las áreas que más afecta el desarrollo científico en el tema de reproducción asistida heteróloga es la relativa a la filiación y la consecuente determinación, visualizando la necesidad de un cambio radical y definitivo de los conceptos de paternidad, maternidad y filiación.

Zannoni indica que el derecho de filiación tradicionalmente ha reflejado los presupuestos de la realidad biológica que determina la procreación. El hijo o hija es o ha sido indefectiblemente el resultado de la cópula fecundante de hombre y mujer, conducente a la concepción en el seno materno.

En el siglo XIX, se comenzó a practicar la inseminación artificial heteróloga con semen de un tercero o donante, llamado también dador, preferiblemente anónimo. Asimismo, en 1978, la ciencia demostró la posibilidad de fecundar extracorpóreamente óvulos mediante semen también extraído previamente, para luego implantar el embrión en el útero, donde hace su aparición el bebé probeta, que replanteó un sinnúmero de problemas jurídicos, pues igualmente podía existir un tercero o dador.

Acertadamente, expresa Zannoni:

"...la posibilidad de manipular con éxito los componentes genéticos de la fecundación, altera concepciones científicas tradicionales, que ha replanteado conceptos éticos y desde luego, situaciones jurídicas nuevas. Desde esta perspectiva es pensable que una pareja pueda agregar a sus propias características genéticas, otra de gérmenes donados con una diferente composición lográndose así un hijo de paternidad o maternidad múltiple..."

En este sentido, el admitir o no la posibilidad de conocer el propio origen biológico cobra especial importancia en relación con la aplicación de las nuevas técnicas heterólogas de reproducción asistida, en las cuales pueden llegar a distinguirse, al menos, una paternidad o maternidad social y otra biológica, cuando la técnica implica la donación de gametos masculinos y femeninos por parte de un tercero.

Para estos efectos, se entiende por donante aquella persona, hombre o mujer, que proporciona el material genético necesario para proceder a las inseminaciones artificiales con donante o in vitro.

La posibilidad del hijo o hija de conocer su procedencia biológica se encuentra directamente relacionada con el derecho al anonimato del donante y el derecho a la intimidad de la pareja solicitante de la técnica porque, lógicamente, si se admite el derecho del concebido para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o intimidad, al menos no en forma absoluta.

4. Legislación comparada

Por la importancia que presenta la participación de un tercero dador de material genético en el proceso reproductivo, más aún, cuando corresponde determinar los vínculos filiales, citaré alguna referencia de legislación comparada, pudiendo distinguir entre los regímenes que protegen el anonimato del dador y los que luchan por el conocimiento de sus orígenes biológicos como derecho fundamental; y, aquellos que del todo prohíben la utilización de células ajenas a la pareja.

En Inglaterra en el Informe Warnock,⁸ se recomendó que se guardara el anonimato del dador hasta alcanzar el hijo la edad de los 18 años, momento a partir del cual se reconoce el derecho de acceder a los datos básicos referidos a su origen biológico, sin dejar trascender la identidad del dador. Estas recomendaciones fueron seguidas por la Ley sobre Fertilización y Embriología Humana, disponiendo que los tribunales, en honor a la justicia, podían acceder a la información que contienen los registros públicos.

Canadá, en la provincia de Québec, regula la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante el empleo de nuevas tecnologías reproductivas de la siguiente manera: si se cuenta con el consentimiento del marido, el artículo 539 del Código Civil limita la posibilidad de impugnar la paternidad; el artículo 538 del mismo cuerpo legal, señala que la donación de gametos no produce ningún tipo de vínculo legal entre nacido y donante.⁹

6. Zannoni, Eduardo A. (1978). *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina:Proyecciones Jurídicas*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 129 pp.

7. Ídem.

8. La Comisión de Warnock fue creada en 1984, por el Gobierno Británico, para examinar los avances realizados en el campo de la fertilización y embriología humana. Tomado de Cárcaba Fernández, María (1995). *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J. M. Bosh Editor, p.149.

9. Cárcaba Fernández, María (1995). *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, p. 190.

Suecia, en la Ley N.º 1140 sobre inseminación artificial, establece como derecho fundamental preferente el de acceder al conocimiento de la identidad genética cuando se recurre a material reproductor ajeno a la pareja. En Noruega, tanto la Ley N.º 52 como la N.º 68, tienen como centro de protección jurídica la vida del embrión, con una marcada tendencia a proteger el anonimato del dador y a limitar la utilización de material genético de dador.¹⁰

En Austria, la Ley de 1 de julio 1992, reconoce en el supuesto de una inseminación artificial heteróloga, el derecho del niño a tomar conocimiento de su progenitor biológico desde los catorce años de edad. Asimismo, prohíbe la fecundación in vitro heteróloga y para el resto de las prácticas que recurren a material genético de tercero dador, se establecen rigurosos requisitos para su funcionamiento.¹¹

Se puede observar que la legislación comparada no sigue un criterio uniforme, se ha dicho que entre los diversos intereses en conflicto presentes en las técnicas de reproducción asistida heteróloga, encontramos por una parte la intimidad familiar y el anonimato de los donantes de gametos y, por otra, el derecho de los nacidos a través de estas técnicas a conocer el propio origen biológico.

En la obra *Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo* de Susan Turner Saelzer y otros,¹² se habla de dos posturas mayoritarias: la que defiende el derecho de la persona a conocer su origen biológico y una segunda postura que argumenta la conveniencia de mantener el anonimato total de los donantes y, por consiguiente, la prohibición de investigar la maternidad o paternidad.

En relación con la primera postura, la autora Quesada González,¹³ citada por Susan Turner Saelzer y otros, indica que puede distinguirse en cuanto a su contenido lo siguiente:

10. Ídem.

11. Krasnow, Adriana Noemí (2006). *Filiación. La Ley*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.

12. *Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*. *Susan Turner Saelzer, Marcia Molina Pezoa, Rodrigo Momberg Uribe. El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto No 200031, de la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Austral de Chile, denominado "Las técnicas de reproducción humana asistida y sus implicancias en el Derecho Privado chileno". Los autores son licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. *Además, Magister Iuris Georg-August-Universität, Göttingen, Alemania. Recuperado en: [www. Monografias. com](http://www.Monografias.com).

- El poder jurídico que tiene toda persona para reclamar ante los tribunales su verdadera filiación o, bien, para impugnar la que ostenta, para luego investigar y determinar la verdadera, de manera de poder exigir todos los derechos que ello conlleva (personales y patrimoniales).
- Los límites que necesariamente debe reconocer este derecho (como todo derecho en general), consistentes en respetar derechos y posiciones jurídicas subjetivas de otras personas, como el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar o, bien, principios jurídicos fundamentales como el de la seguridad jurídica.

Se agrega que el derecho al conocimiento de la verdadera filiación entraña la realización de principios constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual. En el mismo sentido manifiestan dichos autores que "el conceder a todo nacido el buscar y poder encontrar jurídicamente a sus padres es un derecho que a nadie le puede ser negado, es o debe ser un auténtico derecho de la personalidad."¹⁴

Según esta posición,¹⁵ sentadas las bases de la inconveniencia del anonimato del dador de gametos, caben varias posibilidades con respecto al conocimiento de su propio origen por parte del nacido y, consecuentemente, de las relaciones de este con el donante:

- Permitir reclamar, al así nacido, la paternidad o maternidad del donante de gametos con todas las consecuencias jurídicas de la determinación de su filiación (posición maximalista).
- Dos soluciones intermedias:
 - a. Que el nacido sólo pueda conocer datos biogénéticos del donante.
 - b. Que el nacido pueda conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna otra consecuencia jurídica.

14. Susan Turner Saelzer, Marcia Molina Pezoa, Rodrigo Momberg Uribe. *Op. cit.*

15. *Ídem*

Esta teoría concluye que el mejor camino para proteger el interés del hijo o hija, sustentado en tener una madre y un padre, se materializa contando en todo tiempo con la posibilidad de acceder a su historia completa mediante el ejercicio de una acción autónoma en defensa de su derecho de identidad.

Se mencionará una segunda postura, como se expuso líneas atrás, que argumenta la conveniencia de mantener el anonimato total de los donantes y, por consiguiente, la prohibición de investigar la maternidad o paternidad.

Los principales partidarios de esta teoría argumentan básicamente cuatro aspectos:¹⁶

- a. Estimular la donación de gametos. Es el argumento común a todos los defensores del anonimato. Al respecto se señala que si no se asegura el anonimato, se inhibiría a los posibles donantes ante el temor de ver reclamada su paternidad o maternidad y las responsabilidades que el derecho les atribuye, conduciendo ello a la desaparición de estas técnicas por falta de medios vitales para su realización.
- b. Proteger el derecho a la intimidad:
 - Del donante, entendida en el sentido de que otras personas no puedan saber el empleo que el donante hace de sus aptitudes genésicas, y que el empleo de su semen u óvulos ha dado lugar a una nueva vida de la que permanece desvinculado.
 - De la pareja que consintió en la técnica de procreación asistida, porque la identificación del donante traería como consecuencia develar la ineptitud para concebir de aquel cuyo gameto es suplido por el tercero; y, quizás lo más importante, la relación puramente formal que al menos uno de los padres tiene con el nacido por fecundación asistida.
- c. Evitar la interferencia afectiva de una persona ajena a la familia en la que el hijo se halla inserto, de manera que no exista desviación afectiva ni influencia sobre el niño o niña por parte del donante.
- d. El conocimiento por parte del hijo o hija de la identidad de su dador puede producirle un daño psíquico y afectivo, que no beneficiaría en nada su bienestar y desarrollo como persona.

Esta postura es criticada por aquellos defensores de los derechos de la persona nacida bajo estas técnicas, pues consideran que salvo el punto "d", toda su teoría está basada en un análisis totalmente adultocentrista.¹⁷ Manifiestan que de modo general, se puede decir que los referidos

razonamientos son perfectamente refutables e insuficientes para fundamentar el anonimato, pues el legislador debe resguardar el interés del hijo, quien es la parte más desprotegida en todas estas relaciones; y, además, porque el derecho a conocer el propio origen debe ser configurado como uno de los derechos fundamentales de la persona, calificación jurídica de la que por cierto no goza el derecho al anonimato del donante.¹⁸

A modo de conclusión, indican:

*"...el pretendido anonimato no es sino una construcción ad hoc que en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada, el hijo y su derecho a la intimidad, lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de las responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación..."*¹⁹

5. La voluntad procreacional

Cabe señalar que los avances médico genéticos están provocando una verdadera revolución en materias que durante siglos habían permanecido inalteradas; de ahí que, conceptos como la filiación gozan, por ahora, de una provisionalidad impuesta por la nueva realidad científica que se presenta en el ámbito del derecho.²⁰

Tradicionalmente se ha dicho que la determinación filial tiende a asegurar la identidad **personal**, es decir, el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en **el estado** de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde.

Siguiendo al doctor Zannoni, diremos que el término filiación sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos e hijas dentro de la familia.

16. Ídem.

17. Ídem.

18. Ídem.

19. Ídem.

20. Azpiri, Jorge Osvaldo (1992). En: Enciclopedia de derecho de familia. Tomo II. Argentina: Universidad, Buenos Aires, p. 360 (voz: filiación).

La procreación constituye el presupuesto biológico por el cual se constituye la relación jurídica filiar con el padre y la madre. Pero como ya se ha mencionado, las modernas técnicas de fecundación asistida permiten separar la procreación de la cópula entre los progenitores e incluso la posibilidad de disociación entre madre-padre biológico y donante.

En este sentido, se pueden contemplar dos casos de filiación materna en los cuales se dan técnicas de reproducción asistida y observar que al aplicar conceptos tradicionales en materia de filiación se generan muchas interrogantes:

- En un primer caso tenemos a la mujer inseminada o fecundada in vitro con óvulo de ella y semen de su pareja: la determinación por el parto no presenta problema porque coincide la mujer que aporta el material genético con la que lo gesta o da a luz, según concepción clásica.
- En un segundo caso, tenemos a la mujer inseminada o fecundada in vitro con semen de la pareja y óvulo donado: esta situación plantea la interrogante acerca de los límites a la atribución jurídica de la maternidad por el parto. Cabe preguntar ¿se podría plantear una acción de impugnación de la maternidad contra la mujer que ha dado a luz al hijo, que no fue concebido por ella sino mediante un óvulo ajeno?

En esta misma línea, el sistema tradicional plantea que para determinar la paternidad se realiza por la presunción, o sea la cohabitación; empero, como se ha tratado líneas atrás, este supuesto cae en los casos de utilización de técnicas de reproducción asistida; pues si bien es el esperma el material genético del nuevo ser, la procreación no surge de una relación sexual sino de una unión o sustancia fecundante aplicada. También puede darse el caso de que el semen provenga de un tercero dador.

Tanto en la inseminación o fecundación in vitro heteróloga es esencial el consentimiento del varón, esta aprobación manifestada involucraría su voluntad de ser padre, deseo de responsabilidad procreacional, determinación del rol paterno; es decir, el consentimiento dado brinda seguridad al padre y a su hijo o hija.

Otro tema que se plantea en la fertilización heteróloga es el anonimato del donante del material genético, su regulación, control de registros, la posibilidad de ser revelados en casos de excepción. Observamos que en el Derecho Comparado, los distintos países han establecido regulaciones diferentes en el tema, como se indicó en apartados anteriores, y es por ello que tampoco hay consenso. Así como el tema de la intimidad de la pareja, de lo cual surgen cientos de interrogantes sobre la conveniencia o no de mantener el secreto.

Por todo ello considero que resulta necesario para resolver estas interrogantes, el elemento intencional, el ponderar la voluntad procreacional como determinante de la filiación; dado que el mejor interés de los hijos o hijas está protegido cuando son declarados sus padres legales aquellos que realmente desean serlo, culminando un proceso que iniciaron cuando “quisieron” tener un hijo o hija. Ponderar la voluntad procreacional, resulta más respetuosa del mejor interés del hijo o hija de contar con un padre y una madre que asuman la función y roles de tales, pues ese ha sido su deseo.

En cuanto al derecho a conocer el origen como derecho fundamental en estos casos, soy del criterio de que el anonimato de los donantes o la intimidad de la pareja solicitante no pueden ser absolutos, pudiendo revelarse datos de las personas donantes en dos supuestos: por orden judicial a fin de tutelar el derecho a conocer el origen, como derecho fundamental del solicitante o cuando su desconocimiento pueda causar daño grave a la salud de la persona procreada y requiera conocer con urgencia antecedentes genéticos.

Interpretando en un contexto integral con base en una lectura de derechos humanos, podemos afirmar que sin bien en estos casos es posible conocer el origen biológico en los supuestos planteados, es necesario resaltar que lo realmente importante es el derecho a la vida familiar, a que se le proporcione una familia al niño o niña procreados, con la cual puedan crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidados por sus padres, independientemente de si son sus padres biológicos o no y que su derecho a conocer el origen deviene en excepción cuando se den las posibilidades para ello.

Dicho derecho está tutelado expresamente en el artículo 7 de la Convención de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, el cual reza en forma literal “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

Este artículo lo que tutela es la identidad dinámica de la persona menor de edad, nótese que hace referencia al respeto de su estatus familiar y, en la medida de las posibilidades de cada caso concreto, el conocer su identidad biológica, pero no se toma como la regla para determinar su filiación.

En esta línea de pensamiento, resulta interesante el análisis del voto 1055 Ca. Fam. S. S., de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres. En el cual se resolvió:

(...) al concepto tradicional de filiación pueden formularse dos objeciones fundamentales; la primera, porque únicamente se refiere a la filiación por naturaleza, pues la adopción constituye una creación legal; y la segunda, porque el mismo goza de un carácter provisional, conforme a la nueva realidad científica que se presenta en el derecho de familia. Que, frente a ese dinamismo propio del derecho de familia, especialmente en materia de filiación, la nueva realidad científica en el conocimiento de la biología humana impone que, tras la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, se ofrezcan soluciones legales que mejor acompañen a esos cambios. Mientras el derecho, en un principio, reguló la filiación natural o por consanguinidad e incorporó muchos años después la filiación adoptiva; en la actualidad, con el avance científico en la biología humana, la doctrina moderna nos enseña que existe una tercera clase de filiación, la cual respondiendo a fines didácticos, ha sido llamada "filiación civil".

Esta última puede clasificarse según las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, hasta ahora conocidas, por lo que un ordenamiento de éstas es siempre provisorio y necesita ampliarse en el futuro, de acuerdo a los avances de la ciencia. Conforme a ello, la "filiación civil" puede ordenarse en: la inseminación artificial; la fecundación in vitro y otras variaciones posibles, como la transferencia intratubárica de gametos, la extracción de un embrión todavía no implantado del útero de una mujer a otra, la inyección del espermatozoide dentro del ovocito, las transferencias del embrión o del ovocito a las trompas de falopio, la maternidad subrogada o madre de alquiler, la crioconservación de embriones y ovocitos pronucleados; la clonación humana reproductiva, entre otras (...)

Es de gran interés académico este voto del año dos mil tres, en el cual vemos que apoyándose en la doctrina de Derechos Humanos, se afirma que la voluntad procreacional puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo y sin necesidad de que haya unión sexual entre las personas; de ahí que, a pesar de la ausencia del acto copulatorio, la voluntad procreacional determina el vínculo filial- paterno-materno.

En cuanto al instituto de la filiación no podemos decir actualmente que existen únicamente dos tipos: la biológica y la jurídica, pues, como se ha dicho supra, la voluntad procreacional en

las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga, constituye el fundamento de una nueva clase de filiación, ante la presencia de terceros donantes de material genético.

Conclusiones

El vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología ha llevado a los científicos a crear una serie de prácticas que representan grandes avances para la comunidad científica y para la humanidad.

Uno de los campos de la ciencia y la tecnología que ha tenido un mayor desarrollo, en épocas recientes, es el de la biomedicina, específicamente el campo de las técnicas de fecundación asistida heteróloga.

En cuanto al tema del Derecho de Familia, con respecto a la filiación, cuando participa un tercero donador de los gametos femeninos o masculinos, vemos que existen básicamente dos posiciones mayoritarias:

- Una defiende el derecho de la persona a conocer su origen biológico, que encuentra su fundamento dentro de los llamados “derechos de la personalidad”, los cuales entrañan la realización de principios constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual.
- Una segunda postura que argumenta la conveniencia de mantener el anonimato total de los donantes y, por consiguiente, la prohibición de investigar la maternidad o paternidad, que se fundamenta básicamente en proteger el derecho a la intimidad del donante y de la pareja que consintió la técnica.

La solución a todo este tipo de interrogantes que surgen en torno a dichas prácticas, está en ponderar la voluntad procreacional como determinante de la filiación; a efecto de culminar un proceso que inicia cuando la pareja “quiso” tener un hijo o una hija. Ponderar la voluntad procreacional, resulta más respetuosa del mejor interés del hijo o hija de contar con un padre y una madre que asuman su función de tales y de ser cuidados y guiados por estos.

En cuanto al derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental en estos casos, considero que se pueden revelar los datos de las personas donantes en dos supuestos: por orden judicial a fin de tutelar el derecho a conocer el origen o cuando su desconocimiento pueda causar daño grave a la salud de la persona procreada y requiera conocer antecedentes genéticos, empero, es necesario resaltar que lo realmente importante es el derecho a la vida

familiar, a que se le proporcione una familia al niño o niña procreados, con la cual pueda crecer y desarrollarse a su lado y recibir cuidados, independientemente de si son sus padres biológicos o no y que su derecho a conocer el origen deviene en excepción cuando se den las posibilidades para ello, dicho derecho está tutelado expresamente en el artículo 7 de la Convención de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

Alvarado Uribe, Carlos y otros (1993). *El Derecho a Nacer*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Anson Oliart, Francisco (1993). *Se fabrican hombres. Informe sobre la genética humana*. Madrid: Ediciones Rialp.

Aramburu Menchaca, Andrés A. (1990). *Notas al margen de la Constitución*. Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva S. A.

Azpiri, Jorge Osvaldo (1992). *Enciclopedia de derecho de familia*. Tomo II. Universidad, Buenos Aires: Universidad.

Barra, Rodolfo Carlos (1996). *La protección Constitucional del Derecho a la Vida*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Brenes Córdoba, Alberto (1986). *Tratado de las Personas*. San José: Editorial Juricentro S. A.

Cárcaba Fernández, María (1995). *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

Castán Tobeñas, José (1955). *Derecho Civil Español, Común y Floral*. IX edición. Madrid: Instituto Editorial Reus.

Diez Picaso, Luis; Gullón Antonio (1978). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, 2º edición. Madrid: Editorial Tecnos.

Gispert, Carlos (1995). *Gran Enciclopedia Familiar Océano*. Vol. I, Vol. XIII. España.

Hernández Valle, Rubén (1992). *Instituciones de Derecho Público Costarricense*. San José: EUNED.

- _____. (1990). *La Tutela de los Derechos Fundamentales*. San José: Editorial Juricentro, 1990.
- Herrera Jaramillo, Francisco José (1984). *El Derecho a la Vida y el Aborto Pamplona*: EUNSA.
- Loyarte, Dolores (1995). *Procreación Humana Artificial*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Martín Mateo, Ramón (1987). *Bioética y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S. A.
- Moro Almaraz, María Jesús (1988). *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro*. Barcelona: Librería Bosch.
- Mosset Iturraspe, Jorge (1991). *El Valor de la Vida Humana*. III edición. Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.
- Pérez Vargas, Víctor (1991). *Derecho Privado*. Segunda edición. San José: Litografía e Imprenta Lil S. A.
- Peter Alexander, P. H. (1987). *Biología*. New Jersey: Prentice Hall.
- Rodríguez Luño, Ángel (1986). *La Fecundación In Vitro*. Madrid: Ediciones Palabra.
- Rodríguez Moreno, Rafael (1993). *Tratado sobre los Derechos de la Familia y la defensa del niño*. Colombia: Ediculto Bogotá.
- Ruiz Velasco, Ignacio (1990). *El Derecho a la Vida*. México: Editora de Revistas S. A.
- Soto Lamadrid, Miguel Ángel (1990). *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea S. A.
- Vidal, Marciano (1998). *Cuestiones actuales de Bioética*. San José: Editorial Eidos.
- Zannoni, Eduardo A. 1978, *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina: Proyecciones Jurídicas*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- _____. (2002). *Derecho de Familia*. Tomo 2. Cuarta edición. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Revistas

Bustamante Alsina, Jorge (1996). "Las nuevas tecnologías frente a la ética y el derecho". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos Aires: Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. P. 1015-1024.

<http://www.Congreso.cl/biblioteca/estudios/biotde.nun> "Consenso Internacional Sobre Procreación Asistida".

Documento realizado por: P. Barri (España), Jean Cohen (Francia), L. Hamburger (Suiza), A. Handyside (Reino Unido), J. Mandelbaum (Francia), J. Schenkar (Israel), R. Schoysman (Bélgica), A. Speirs (Australia), A. Van Steirteghem (Bélgica), G. H. Zilmaker (Holanda), (1998), pp. 1- 22. http://www.mnnet.tr/itts/e_artbis.htm.

Elizondo Ugalde, María Carolina (1989). "Aspectos Médico-Legales de la Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria". I Parte. *Revista de Medicina Legal*, Vol. 6 N.º 3-4 (diciembre).

_____. (1990). "Aspectos Médico-Legales de la Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria". II Parte. *Revista de Medicina Legal*, Vol. 7 N.º. 1 (mayo).

Revista Judicial. Año 11, N.º 41 (junio, 1987). San José: Imprenta Judicial.

Legislación

Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley número 7739, del 6 de enero de 1998. *La Gaceta* N.º 26 del 6 de febrero de 1998.

Constitución Política de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949. San José: Lehmann Editores, 1987.

Convención de los Derechos del Niño. Aprobado por ley N.º 7184 del 18 de julio de 1992.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobado por Ley N.º 4534, del 23 de febrero de 1970.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración Universal de Los Derechos Humanos. Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. (1979). San José: Editorial Juricentro.

Decreto Ejecutivo N.º 24029-S, publicado en *La Gaceta* N.º 45, 3 de marzo de 1995, pp. 4-5.

Decreto Ejecutivo N.º 27349-S, publicado en *La Gaceta* N.º 198, 13 de octubre de 1998, p. 3.

Expediente del recurso de inconstitucionalidad de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N.º 1734-95, del 7 de abril 1995, pp. 2-289.

Ley de Fertilización Humana y Embriología. (1991). *Boletín de legislación Extranjera*, N.º 112-113 (enero- febrero). Gran Bretaña.Pags.

Ley de Reproducción Asistida. (1988). España.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966, promulgado el 30 de marzo de 1981. Publicado en: *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981. Aprobado por Ley N.º 4229 del 11 de noviembre de 1968.

Tesis

Alfaro Cortés, Luis y Díaz Jiménez, Maureen (1997). *Análisis de la normativa vigente e integral para la reproducción asistida*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura. San José, Universidad Panamericana.

Ballestero Quesada, Jorge ; Rivera Rodríguez, Laura (1993). *Tutela del concebido a la luz de los nuevos avances en materia de Biotecnología*. Tesis de Licenciatura, San José, Costa Rica, Universidad de Costa Rica.

Guerrero Vargas, Olga; Solórzano Guillén, Guiselle (1992). *Técnicas de fecundación artificial y los delitos contra la vida*. San José, Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

Martín Salazar, Viviana (1987). *El Derecho a la Vida*. San José, Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

Ramírez Quesada, Karla (1999). *La destrucción de embriones creados en laboratorio y el delito de aborto*. San José, Costa Rica.

Votos

Voto 1055 Ca. Fam. S. S., de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres.

L OS DEBERES Y DERECHOS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS JUDICIALES

*Dra. Eva M. Camacho Vargas**

Sumario

Introducción. 1. Fundamento constitucional. 2. Instrumentos internacionales. 2.1. Convención sobre derechos del niño. 3. Resultados del foro virtual.

Introducción

El tema que en esta oportunidad se pone en discusión tiene relación con el derecho del niño o de la niña de ser escuchados y de participar en la toma de decisiones para la defensa de sus derechos. El tema tiene que ver también con los deberes, derechos y responsabilidades de los progenitores en relación con sus hijos e hijas menores. La Autoridad Parental ha sido modificada en concepto y contenido para orientar su definición hacia el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida y, además, para que los representen y administren sus bienes.

1. Fundamento constitucional

La protección integral y el interés superior de las personas menores de edad, aparecen regulados a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño; antes ya se hizo mención

de esta protección en nuestro Código de Familia. El principio de no discriminación entre hijos e hijas nacidos dentro o fuera de matrimonio, elimina la desigualdad existente y marca un antes y un después sobre su estatus legal.

Los parámetros de responsabilidad en cuanto a deberes, derechos y responsabilidades de los progenitores frente a sus hijos e hijas se unifica y el trato discriminatorio no permite hacer distinciones ni categorías según el origen.

El principio de igualdad se ve reflejado en la siguiente frase: *“Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de estos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad”*. Como principio constitucional se consagra de esta manera en la legislación minoril y origina un cambio fundamental en el abordaje jurídico de este sector de la población.

No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. Toda persona tiene derecho a tener un nombre que la identifique. La ley secundaria regulará esta materia.

Este primer enfoque en cuanto al origen y el derecho a la identidad nos permite afirmar que el derecho a la no discriminación por el origen de la filiación es uno de los primeros pasos hacia la protección integral, las reformas legales en torno a las acciones de filiación y a las discusiones sobre los derechos de guarda, o visitas, así como el ejercicio de la autoridad parental se ven teñidos de forma clara por esta nueva visión.

La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los progenitores entre sí y entre ellos y sus hijos e hijas, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y, creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la procreación o del ejercicio de la autoridad parental.

En este enfoque inicial se legisla sobre los derechos de los progenitores frente a sus descendientes; sin embargo, el tema de la protección se continúa utilizando de tal manera que la persona menor de edad pareciera ser un objeto de protección más que un sujeto de derechos. No existe ninguna norma expresa sobre el consentimiento o intervención en los procesos administrativos ni judiciales que exija la toma de decisiones en conjunto con los hijos y las hijas con cierto grado de madurez emocional o capacidad cognitiva. Esta obligación surge de la aplicación directa de la Convención de los Derechos del Niño, y del Código de la Niñez y Adolescencia.

Los derechos y deberes de los hijos y las hijas frente a sus progenitores deben verse en el sentido de que ambos son sujetos de derechos y no objetos de derechos, y que por su condición de menor de edad, sus progenitores están obligados a procurarles protección integral.

2. Instrumentos internacionales

La primera declaración de derechos del niño, de carácter sistemático y jurídico fue la Declaración de Ginebra de 1924, redactada por Eglantyne Jebb fundadora de la organización internacional "Save the Children", que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. Posteriormente las Naciones Unidas aprobaron, en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, implícitamente, incluía los derechos del niño; sin embargo, más adelante se llegó al convencimiento de que las particulares necesidades de los niños y de las niñas debían estar especialmente enunciadas y protegidas. Por ello, la Asamblea General de la ONU aprueba, en 1959, una Declaración de los Derechos del Niño, que constaba de diez principios, concretando para los niños y las niñas los derechos contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Seis años antes había decidido que el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para los Niños (UNICEF) continuara sus labores como organismo especializado y permanente para la protección de la infancia (denominándolo oficialmente Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia).

2.1 Convención sobre derechos del niño

En 1979, con ocasión del Año Internacional del Niño, se comenzó a discutir una nueva declaración de derechos del niño y de la niña, fundada en nuevos principios. A consecuencia de este debate, en 1989, se firmó en la ONU la Convención sobre Derechos del Niño.

A partir de la promulgación de la Convención de 1989 se ha ido adecuando la legislación interna de los países ratificantes a los principios contemplados en la Declaración. Aunque la legislación y el sistema jurídico de cada país suele ser diferente, casi la totalidad de los países han ido consagrando medidas especiales para su protección, a nivel legislativo e incluso derechos constitucionales.

Dentro del enfoque cada Estado Parte respetará a sus ciudadanos sus derechos, deberes, y responsabilidades como padres y madres o, en su caso, como miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según se establezca por la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente de los niños o niñas, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño o niña, ejerza los derechos

reconocidos en dicha Convención; así mismo velarán porque el niño o niña no sean separados de sus progenitores contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior de ellos; por ejemplo, en los casos en que el menor o la menor sean objeto de maltrato o descuido por parte de su padre y madre o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

El niño o niña cuyos progenitores residen en Estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos progenitores tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo del niño o la niña (considero importante destacar que en el texto de la Convención se utiliza indistintamente la palabra “padres” y de “niño” para referirse a ambos progenitores, y al niño o niña, denotándose que la perspectiva de género aún no era aplicada cuando se redacta dicha Convención). En conclusión de lo anterior, y de la regulación internacional sobre derechos humanos, vistos como derechos de la niñez, que implican a su vez deberes de padre y madre frente a sus niños y niñas, toda persona menor de edad tiene derecho a:

- Crecer en una familia que le brinde afecto y amor.
- Conocer a su padre y madre y que se responsabilicen de él o ella.
- Un nombre y una nacionalidad.
- La alimentación y a la nutrición.
- La protección durante los conflictos armados.
- La libertad de conciencia.
- La protección contra el descuido o trato negligente.
- La protección contra el trabajo infantil.
- La información adecuada.
- El juego.
- La libertad de asociación y a compartir sus puntos de vista con otros.
- Dar a conocer sus opiniones.
- La libertad de expresión.
- La protección contra la trata y el secuestro.
- Conocer y disfrutar de nuestra cultura.
- La protección contra las minas terrestres.
- La protección contra todas las formas de explotación y abuso sexual.

La corriente regional de los derechos humanos se caracteriza por el fuerte contenido de normas protectoras para las personas menores de dieciocho años que se encuentran en situación vulnerable.¹

3. Resultados del foro virtual

Dentro de este marco legal, la tarea de la jurisdicción de niñez y adolescencia, se orienta a determinar la forma más adecuada de dar participación a las personas menores de edad.

Esta fue la pregunta de inicio de este foro virtual, las participaciones en el foro permiten arribar a las siguientes conclusiones.

La participación de las personas menores de edad debe darse siempre que se discutan derechos indisponibles en torno a su protección integral. Se debe considerar su grado de madurez volitiva y emocional. Las decisiones judiciales y administrativas que resulten deben fundamentarse en torno a lo expresado en la opinión del niño o niña. Tratándose de personas mayores de doce años su participación es obligatoria, y su opinión se hará constar de forma tal que se garantice su derecho a la intimidad y privacidad.

-
1. Tómese en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) señala: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. De ahí el alcance individual de los derechos y de las correspondientes garantías, sin perjuicio de que unos y otras consideren el marco colectivo en el que toman raíz y sentido. Véase el artículo de mi autoría. “Dos temas recurrentes: debido proceso y derechos de indígenas”, en García Ramírez, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*. Estudios, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 277 y 278. La XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que adoptó las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” (ellas desarrollan los principios contenidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano”, Cancún, 2002), manifiestan que “...se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (1). A la cabeza de los factores de vulnerabilidad, mencionan la edad (tanto menores de edad, en todo caso, como adultos mayores, en determinadas circunstancias (5 y 6). En la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 (a la que me referiré como Declaración y Programa de Acción de Viena) se pone énfasis en 8 DERECHOS HUMANOS DE LOS MENORES DE EDAD.

La tendencia de crear normas procesales que permitan la participación de las personas menores de edad como actores, actoras o demandados, demandadas, sujetos activos o pasivos legitimados deben evitarles la revictimización así como las cargas procesales innecesarias.

La promulgación de una normativa procesal familiar debe tomar en cuenta los procesos en donde se pretenda la protección inmediata de jóvenes adultos, y personas menores de edad, garantizando no solo su participación inmediata sino la posibilidad de acudir directamente en defensa de sus derechos y con un patrocinio gratuito.

Las normas del Proyecto del Código Procesal Familiar, consignan la participación directa en los procesos en los cuales se discuten derechos de las personas menores de edad. Dentro de esta normativa y buscando siempre la especialidad del derecho procesal familiar, se establecen una serie de principios orientados al cumplimiento de esta protección. Los siguientes artículos son un reflejo de este nuevo enfoque:

Artículo 6: Aplicación de principios de humanización del proceso

Se considerarán integrados a esta normativa los principios fundamentales de los procesos de humanización, tales como: el principio de tutela de la realidad, facilidad de acceso a la justicia, equidad por compensación,² gratuidad o costo mínimo, sencillez e informalidad.

Artículo 7: Principios propios del Derecho Procesal de Familia

Las normas procesales contenidas en la presente ley serán propicias, desarrolladoras y tendientes a exaltar principios de preferencia a: ausencia de contención, abordaje integral, abordaje interdisciplinario, búsqueda de equidad y equilibrio familiar, protección, participación e intervención especial,³ preclusión flexible e inestimabilidad.

Artículo 8: Principios transversales

En los procesos de la jurisdicción familiar, los (as) jueces (zas) tendrán particular esmero en la efectivización de los derechos humanos de grupos vulnerables contenidos en la normativa nacional, internacional y sus principios. Este será el caso de las personas con discapacidad, las personas adultas mayores, las personas menores de edad, las personas en las situaciones de desigualdad y demás incluidas en las reglas de acceso a la justicia para poblaciones en condición de vulnerabilidad.⁴

La autoridad competente velará porque la efectivización de estos derechos y principios transversales tengan su traducción en las aplicaciones procesales.

Artículo 9: Audiencia previa de conciliación

En todo proceso familiar, cuando proceda se intentará la conciliación mediante una audiencia previa. A fin de llevar a cabo esta etapa, se podrá remitir a las partes a los centros especializados, existentes dentro y fuera del Poder Judicial. Lo resuelto tendrá carácter y eficacia de cosa juzgada material o formal según el contenido del acuerdo; sin perjuicio de otros mecanismos alternos de solución de conflictos regulados en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, siempre que sean compatibles con los objetivos y fines de la materia familiar.

Artículo 10: Auxilio integral e interdisciplinario a nivel interinstitucional

Los tribunales de justicia tendrán la facultad de articular con instituciones y servicios ajenos, a nivel comunal o nacional, a efecto de que se preste el servicio a las personas involucradas cuando se requiera un abordaje integral e interdisciplinario. Para estos fines se coordinará la elaboración de directrices y directorios conjuntos.

Artículo 11: Gratuidad

Cuando la persona usuaria no pueda hacer frente a los costos del proceso, el Poder Judicial deberá asumirlo.

Artículo 12: Costo mínimo

La tramitación de asuntos contenidos en este Código o en leyes especiales, y que sean de conocimiento de los Juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia, Pensiones Alimentarias y Violencia Doméstica, estará exenta del pago de tasas, impuestos y timbres de todo tipo...

Además de los principios citados se consagran otros de carácter particular para personas menores de edad, como los son:

-
2. Se mantiene este nombre que es el usado por Couture en el artículo del Derecho Procesal del Trabajo en los Estudios. La idea es: iguales como iguales y desiguales como desiguales.
 3. Significa que la regla general es hacer visibles a las poblaciones vulnerables para su participación dentro del proceso. Ej.: niños, niñas y adolescentes conforme el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
 4. "Reglas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad", aprobadas por la décimo quinta cumbre judicial iberoamericana de presidentes de Cortes, celebrada el 23 de marzo de 2008 en Brasilia.

Partes e intervinientes

Sección I: Pretensión y legitimación

Artículo 53: Partes legítimas

Parte legítima activa es aquella que alega tener determinada relación jurídica con la pretensión y parte legítima pasiva es aquella a la cual se le atribuye una determinada relación jurídica con la pretensión. La falta de legitimación procesal se alegará por excepción procesal. La legitimación sustancial deberá concurrir para acoger determinada pretensión en sentencia.

Artículo 54: Defensa de derechos ajenos, colectivos, difusos y supraindividuales

Estarán legitimados(as) para iniciar y defender derechos humanos de personas o grupos en estado de vulnerabilidad, derechos difusos, colectivos y supraindividuales: la Fiscalía de Familia, el Patronato Nacional de la Infancia, el Instituto Nacional de las Mujeres, el Consejo Nacional de Rehabilitación y Enseñanza Especial, el Consejo Nacional para el Adulto Mayor, la Defensoría de los Habitantes, Adaptación Social, la Dirección General de Migración y Extranjería, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Procuraduría General de la República, demás entes estatales y las organizaciones no gubernamentales que trabajan con estos grupos sociales. Asimismo deberán entenderse legitimados(as) el/la depositario(a), guardador(a) de hecho, curador(a).

Artículo 55: Sucesión procesal

Comprobada la muerte, la ausencia o la imposibilidad de una persona de velar por sus intereses y derechos, el proceso se continuará con el/la representante que se nombre conforme al procedimiento establecido.

En caso de muerte de una de las partes y cuando dicha situación no ponga fin al proceso, se continuará con el/la albacea de la respectiva sucesión.

En caso de que no existan intereses patrimoniales directos o indirectos en el proceso, se nombrará un(a) representante, sin recurrir a la figura del(a) albacea.

Sección II: Intervinientes del proceso

Subsección I: Familiares y otros terceros

Artículo 56: Llamado de intervinientes

Podrán intervenir en el proceso todas aquellas personas que, sin pretender derecho alguno

para sí, tengan relación con el vínculo familiar y cuya participación permita una mejor decisión del conflicto. Lo anterior procederá de oficio, a petición de parte o por iniciativa del(a) propio(a) interviniente. Dicha intervención no necesitará, de forma alguna, patrocinio letrado para sus actuaciones.

Artículo 57: Facultades y obligaciones dentro del proceso

Dichos(as) intervinientes tendrán la prerrogativa de participar activamente en el proceso (ofreciendo prueba, coadyuvando en el litigio, proponiendo soluciones al conflicto, asistiendo a las audiencias programadas), recurrir a las resoluciones en las formas previstas, siempre que su agravio se derive de su interés o de la protección de personas en estado de vulnerabilidad y, en general, comportarse de acuerdo con el interés que tenga en el proceso.

El/la interviniente estará obligado(a) a cumplir con las normas procesales, someterse al régimen ordenatorio del(a) juez(a) y colaborar con el proceso y la ejecución de las resoluciones.

Subsección II: Terceros institucionales

Artículo 58: Actuación del Patronato Nacional de la Infancia

En aquellos casos en los cuales el Patronato Nacional de la Infancia, en su carácter institucional, no participe como parte en el proceso y se trate de litigios o asuntos en los cuales está de por medio la discusión de derechos de personas menores de edad, la autoridad judicial está en la obligación de hacerlo participar en calidad de interviniente en el proceso; para lo cual se apersonará por medio de uno(a) de sus representantes legales con personería acreditada y en su participación podrá ofrecer cualquier tipo de prueba en beneficio de las personas menores de edad, coadyuvando en el litigio con la parte que representa a dichas personas, proponiendo soluciones integrales al conflicto; podrá asistir a las audiencias señaladas y recurrir de las resoluciones en las formas previstas siempre que su agravio se derive de su interés o de la protección de personas menores de edad.

En su calidad de interviniente, quien se apersona en representación del Patronato Nacional de la Infancia se someterá al régimen ordenatorio y disciplinario del(a) juez(a), además deberá colaborar con la autoridad judicial en cuanto al conocimiento que tenga la institución del conflicto familiar u otra ayuda que pueda brindar para esclarecerlo.

Artículo 59: Otras instituciones

Con las mismas capacidades, representaciones, atribuciones y obligaciones dadas al Patronato Nacional del Infancia, la autoridad judicial puede llamar a participar en el proceso, a petición de parte o de oficio, en calidad de interviniente, a cualquier institución pública o privada que tenga

como función la protección de sectores vulnerabilizados de la población. Estas instituciones tienen la obligación de servir de colaboradores del(a) juez(a) en la solución del conflicto y en su ejecución.

Sección III: Capacidad y representación

Subsección I: Capacidad procesal

Artículo 60: Reconocimiento de capacidad procesal

En los procesos de las jurisdicciones familiares se reconoce la capacidad procesal y la capacidad para ser parte a toda persona, salvo norma en contrario. Aquellas personas que no tengan la capacidad procesal y las personas jurídicas actuarán por medio de su legítimo(a) representante, salvo motivos de imposibilidad en cuyo caso actuarán mediante el/la representante nombrado(a) a tal efecto.

Subsección II: La representación procesal de menores de edad y de personas con discapacidad

Artículo 61: Representación de personas menores de edad

Se reconoce a todas las personas menores de edad el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad volitiva, conforme a sus características etarias, debiendo todos(as) los(as) funcionarios(as) de los Juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia, Violencia Doméstica y Pensiones Alimentarias, u otros de la materia familiar velar por la efectivización de los derechos de las personas menores de edad.

Artículo 62: Capacidad procesal de personas menores de edad

Tas las personas mayores de doce años tienen plena capacidad procesal, sin perjuicio de que prefieran que sus padres u otros(as) representantes actúen en su nombre.

Tratándose de personas menores de doce años de edad, la autoridad judicial llamará a quien ejerza la autoridad parental o bien, en su caso, al(a) que asigne el Patronato Nacional de la Infancia y, si este(a) último(a) no se encontrare disponible en ese momento, podrá nombrarse uno(a) provisionalmente hasta tanto el ente mencionado apersona al(a) representante; pero sin perjuicio de que la persona menor de edad ejerza el derecho a ser oída y participar activamente.

Excepcionalmente, las personas menores de doce años podrán accionar en forma personal. En este caso, para el inicio del proceso el/la juez(a) deberá contar con un informe psicológico que acredite que la persona

menor de edad tiene la capacidad para ejercer dicha acción. En ambos casos el Estado garantizará la asistencia y representación jurídica gratuita a los(as) niños(as) y adolescentes que carezcan de medios económicos suficientes.

Con esta norma se pretende darle participación directa a la persona menor de edad en forma directa. El tema no es pacífico e incluso en la comisión redactora no existe uniformidad en cuanto a la forma de participación y la responsabilidad procesal en caso de desestimación o rechazo de las solicitudes, además de la complejidad para la determinación de la suficiente madurez para ejercer o no la acción.

El tema no pretende ser exhaustivo ni mucho menos, pero es una postura que necesita de reflexión y discusión a nivel nacional dentro del campo de los derechos de las personas menores de edad.



VIOLENCIA DOMÉSTICA-VIOLENCIA DE GÉNERO MEDIDAS TÍPICAS Y ATÍPICAS

M. Sc. Johanna Escobar Vega*

*Después de todo,
¿dónde empiezan los derechos humanos universales?
En los pequeños lugares, cerca del hogar.
(Eleanor Roosevelt)*

La violencia doméstica, una violación a los derechos humanos

No se puede hablar simple y llanamente de violencia doméstica y las medidas que pueden resultar o no procedentes para determinados casos sin antes hacer mención, aunque sea en forma somera, de sus orígenes y justificaciones a nivel social y cultural; pero, además, de lo que es una violación a los derechos humanos de las personas que la sufren.

Las relaciones abusivas y violentas en perjuicio de lo que ahora se conoce como grupos vulnerables no son nuevas sino comportamientos socialmente aceptados y legitimados durante muchos años en la misma ley¹ y por la religión², cometidos en un porcentaje

* Jueza de Familia.

El vínculo matrimonial solo se disolvía con la muerte de uno de los cónyuges. Siendo que en caso que fuera la mujer quien quedara viuda, no podía volver a casarse, sino hasta pasado un año del fallecimiento de su esposo, lo que según don Alberto Brenes Córdoba (1998:41), se conoce en doctrina como “año de luto o plazo de viudez”.

1. Según el Código Civil costarricense de 1858, las niñas de 12 años de edad y los niños de 16 contaban con edad suficiente para contraer matrimonio, pudiendo celebrar los esponsales, a los 10 años de edad con el consentimiento de sus progenitores. Esta edad se elevó a los 15 años en el Código Civil de 1888.
2. Vindas Matamoros, Jacqueline, Escobar Vega, Johanna (2008). “La razonabilidad y proporcionalidad de la limitación matrimonial impuesta a la mujer costarricense en el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia, desde el derecho fundamental de igualdad y la perspectiva de género”. Trabajo de investigación. De las decisiones eclesíásticas, la ley y la igualdad de género en cuanto al divorcio. San José, Costa Rica: EUNED

abrumador por los hombres. Para algunos, aún hoy, esa es una conducta válida que nace de la naturaleza misma del hombre y de la sumisión natural de la mujer, que ha servido como instrumento para mantener el orden jerárquico del poder (poder patriarcal).

Ambos géneros han desarrollado a través de la historia sus propios roles según los cuales el varón era considerado como la autoridad máxima del hogar y, en tal condición, único con derecho a decidir sobre la vida familiar en general, proveedor alimentario cuyo ámbito laboral se encuentra en el campo de lo público. A la mujer se le asignaban las labores de lo privado, del hogar, de la crianza de los hijos, con poca o ninguna posibilidad de decisión y, durante años, con prohibición absoluta para que pudiera educarse. No es sino como consecuencia de las luchas feministas que los conflictos familiares salieron del obscurantismo, permitiendo a las víctimas acudir y recibir el auxilio judicial.

Diariamente los medios de comunicación informan de las agresiones sufridas contra personas de avanzada edad e infantes, siendo más escasas, aunque no ausentes, las que dan cuenta de las violaciones a los derechos humanos de las personas discapacitadas, posiblemente ello se deba a la imposibilidad de procurar ayuda; los números más alarmantes están reservados para las mujeres. Las personas que agreden son usualmente las más cercanas a las víctimas (hijas, hijos, padres, madres, esposas, esposos) quienes, por disposición legal y moral, están obligadas a proteger y a cuidar.

Es este un fenómeno que no queda en la intimidad del hogar como antes, dado que producto de las luchas encabezadas por las mujeres, a través de los grupos organizados en defensa de sus derechos, ha trascendido y evidenciado con meridiana claridad que la violencia doméstica, o violencia de género, además afecta en forma muy significativa también y, como consecuencia, la esfera laboral; también, se refleja en el ausentismo a los centros de estudio y especialmente en el ámbito sanitario, al punto que el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), calcula que el costo para atender sus consecuencias en los países latinoamericanos, en términos relativos solo al trabajo, supera el 2 por ciento anual del costo Producto interno bruto (PIB). No en vano es considerada como un “problema de salud pública” por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y por la Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Es tal este flagelo que no se ha dudado en asemejar las secuelas producidas por la violencia doméstica, especialmente cuando se habla de violación a la víctima por parte de su pareja, sea esposo, novio o conviviente, con aquellas que sufren los torturados en los conflictos bélicos. De esto lógicamente no escapan los niños quienes, por su condición, se encuentran en una circunstancia de mayor desventaja que una persona adulta.³

Aunque nuestro país ha evolucionado enormemente en cuanto al reconocimiento de los derechos de los sectores vulnerables, la historia no siempre fue tan halagüeña, basta con echar un vistazo a las disposiciones civiles previas a que se promulgara la Constitución Política de 1949.⁴

La violencia doméstica en la normativa internacional

Es por lo anterior que, en apego a la normativa internacional sobre derechos humanos, un número cada vez mayor de países han promulgado e incorporado normas afirmativas en procura de equipar los derechos de estos sectores poblacionales, algunos a través de leyes concretas, otros mediante la modificación de los códigos penales agravando los tipos penales cometidos por familiares, especialmente entre cónyuges.

Dentro de estos países, además del nuestro, se encuentran también Argentina, Anguila, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Jamaica, Honduras, Panamá, Paraguay, Suriname, Trinidad y Tobago, Perú, Venezuela, Puerto Rico. Estos esfuerzos, aunque importantes, no siempre han rendido los frutos esperados, especialmente en los casos donde no se ha legislado concreta y específicamente a su favor sino que se han modificado las leyes existentes, pues es fácil entender que si no se visualiza el problema en su verdadera dimensión no es posible atacar las causas ni se designan los recursos económicos necesarios para la creación de “casas de acogida”, donde las mujeres y sus hijos puedan encontrar seguridad, mientras se arriba a una solución que, de manera más integral, les ayude a romper el círculo de violencia a que se han visto sometidos. A ello se suma el que las agresiones contra las mujeres, por parte de sus parejas, sean consideradas como un delito menor, posible de resolver mediante la conciliación o con la imposición de una multa, con lo que se coloca en condiciones de mayor vulnerabilidad y riesgo a las víctimas.

-
3. Mackinnon Catherine (1998). *Crímenes de guerra, crímenes de paz*. Madrid: Editorial Trotta.
 4. Código General del Estado-Materia Civil 1841. (1858). New York: Wynkoop, Hallenbeck y Tomas. Código Civil (1887). San José: Imprenta Nacional.

De seguido se mencionan algunos de los países que cuentan con normativa sobre violencia de género, para de seguido hacer una revisión que, aunque somera, nos permite visualizar, con meridiana claridad, que la violencia no conoce fronteras sino que las víctimas la viven y sufren con igual o mayor intensidad sin distingo alguno:

Costa Rica	1996	Ley contra la Violencia Doméstica.
El Salvador	1996	Ley contra la Violencia Intrafamiliar.
Guatemala	1996	Ley para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Intrafamiliar.
Honduras	1997	Ley contra la Violencia Doméstica.
Nicaragua	1996	Ley 230 para la Prevención y Sanción de la Violencia Intrafamiliar.
Panamá	1995	No existe ley específica. Ley que tipifica delitos de VIF y maltrato a menores.
Argentina	1994	Ley Protección contra la Violencia Familiar.
México	1996	Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal y otros 22 estados.
Bolivia	1995	Ley contra la Violencia en la Familia o Doméstica.
Brasil	1996	Ley para Prevenir, Remediar y Sancionar la Violencia Intrafamiliar.
Chile	1994	Ley de Violencia Intrafamiliar.
Ecuador	1995	Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia
Perú	1997	Sobre la Política del Estado y la Sociedad contra la Violencia Familiar-Violencia contra la Mujer y la Familia.
Paraguay	2000	Ley contra la Violencia Doméstica.
Uruguay	2002	Ley de Prevención, Detección Temprana, Atención y Erradicación de la Violencia Doméstica.
República Dominicana	1997	Ley contra la Violencia Intrafamiliar.

El caso de Cuba

La Constitución cubana establece la protección del Estado al vínculo matrimonial, a la maternidad y reconoce la igualdad de los cónyuges; no obstante, a falta de una ley específica que proteja un número, cada vez mayor, de víctimas de violencia doméstica, el Grupo de Trabajo para la Prevención y la Atención de la Violencia Intrafamiliar, creado en 1997, coordinado por la Federación de Mujeres Cubanas, logró que dos años después de esa fecha se incorporara al Código Penal un criterio que agrava la existencia del delito cuando exista parentesco entre la víctima y el agresor, esto para el juzgamiento de delitos contra la vida, la integridad física, adecuado desarrollo de la sexualidad, familia e infancia, sin embargo, no existe en ese instrumento legal un reconocimiento específico a la violencia intrafamiliar ni concretamente el cometido contra la mujer.

A causa de ello pareciera que los esfuerzos realizados se han quedado cortos, pues la isla no cuenta con estadísticas suficientes ni focalizadas que permitan un panorama que arroje luz sobre el número de personas afectadas por este flagelo y sus consecuencias, ni sus verdaderas dimensiones, aunque sí se reconoce la existencia de la violencia doméstica en todas sus formas especialmente, según los pocos datos disponibles, la psicológica y la emocional, de ahí que sea fácil suponer la existencia de números “sombra” sobre todos los demás aspectos que acompañan la violencia doméstica en general y la de género en particular. Ejemplo de esto es que si producto de los golpes recibidos una mujer no requiere de atención médica, el hecho es considerado como una contravención de orden público y no como delito.⁵

La India

En el 2007, en India, se denunciaron un total de 185.312 crímenes contra mujeres, número mayor comparado con los 164.765 reportados en el 2006. Este dato aunque parece elevado, resulta insignificante si se toma en cuenta que en ese país viven más de 500 millones de mujeres, de las cuales se calcula el 70 por ciento son maltratadas por sus esposos o familiares.

En octubre del 2006 sin mayor divulgación, poco eco social y escaso interés del Estado, entró en vigor la Ley contra la Violencia Doméstica, nueve meses después, menos de 8.000 mujeres habían denunciado las agresiones de que son objeto. En un país donde estas son consideradas ciudadanas de segunda categoría y en el que el nacimiento de una niña supone una enorme carga, a causa de la dote que deben entregar para que puedan casarse, hace que las familias, especialmente las de menos recursos económicos, deban endeudarse en forma significativa o trabajar durante años para poder pagar, hace que en no pocos casos se opte por los abortos selectivos en el caso de las niñas.⁶

En este, como en cualquier otro país, la violencia doméstica no distingue clase social o condición económica pero, a diferencia de otros, a las causas ya conocidas se suman las originadas justamente en las dotes; de ahí, que la nueva ley pretendió brindar protección y reparación a los abusos sufridos por las víctimas en el hogar, incluyendo el maltrato físico, sexual, verbal, emocional y patrimonial. No obstante, los reclamos apuntan a que no ha sido tomada con seriedad, generando que las víctimas se enfrenten a procesos extremadamente largos a causa de las gestiones presentadas por los abogados de los ofensores, repetidas suspensiones de las audiencias por inasistencia de este, entre otros factores, lo que a la postre ha generado el dictado de contadas sentencias a su favor. A esto se suman los reclamos por abusos, sobornos, corrupción de las autoridades en beneficio de los ofensores y las arraigadas tradiciones y costumbres que sancionan y estigmatizan a la mujer que denuncia a su pareja, o que “afecta”, la estabilidad e integridad de la familia. Agrava la situación la impunidad de las parejas, suegros en caso de tortura, y hasta la muerte de la víctima.

Pakistán

La reciente aprobación de una Ley contra la Violencia Doméstica –Prevención y Protección en el Entorno Laboral– en Pakistán, constituye un hito en un país donde, desde tiempos inmemoriales, los derechos de las mujeres han sido violentados en todas las formas posibles con el consentimiento y justificación de las leyes y la religión. Fueron precisamente estos grupos los que ejercieron una fuerte presión para que no fuera aprobada. A finales del año anterior, el Tribunal Supremo pakistaní instó al ejecutivo a normar y regular la venta de ácido, tradicionalmente utilizado en ataques violentos de maridos contra “sus mujeres”. Las nuevas disposiciones enfocadas a procurar un entorno más seguro para las féminas, principales víctimas, estipula penas de cárcel, despido de los trabajos, multas para los agresores y compensaciones económicas para las agredidas.⁷ La enmienda al Código Penal que sanciona el acoso sexual ha encontrado una férrea oposición de los grupos conservadores que lo consideran contrario a la Sharia (ley islámica) y una “perdición para las mujeres.”⁸

-
5. <http://redsem-lac-cuba.net/violencia/maltrato-intrafamiliar/violencia-domestica-en-la-encrucijada-de-la-ley-html-maltrato-intrafamiliar>. Violencia doméstica en la encrucijada de la ley.
 6. <http://www.cimacnoticias.com/noticias/05nov/05110808.html>
 7. <http://www.iansa-women.org/es/node/311>
 8. <http://costaricalhoy.info/ddhh/mujeres-pakistan-proyecto-contra-acoso-sexual-crispa-los-nervios/44207/>

Mozambique

El gobierno de Mozambique ha hecho esfuerzos evidentes en aras de garantizar el derecho de los niños y de las mujeres a vivir en un entorno libre de violencia, dado que en su mayoría son quienes sufren los embates dentro y fuera del hogar. Recientemente, emitieron una normativa en tutela del bienestar de los infantes, ahora han aprobado un proyecto de ley que modifica y agrava los tipos penales en cualquier caso de violencia doméstica que, a partir de ahí, se considera como un “delito de acción pública”, por tanto no requiere de la denuncia de la víctima para ser investigado. Aumenta las penas mínimas y máximas de prisión aunque nada impide que luego de valorar el caso bajo juzgamiento se pueda imponer, en vez de multa, una pena distinta como puede ser el trabajo comunal. Prevé el juicio del agresor en ausencia; además, establece la posibilidad de dictar medidas que incluyen, entre otras, el decomiso de armas, la prohibición al hombre de vender la propiedad familiar, la salida del agresor del domicilio conyugal.

Como es de esperar no han faltado las voces que claman alegando la falta de equidad, en tanto no tutelan los derechos de los hombres que ahora se sienten “desprotegidos” ante la ley, de ahí que buscan ser tutelados en igual forma que la mujer.

Costa Rica

Medidas típicas-atípicas, ¿cuál es el límite?

En nuestro país, tenemos una amplia gama de normas de carácter legal y supra legal que tutelan en forma específica los derechos humanos en general y de los grupos vulnerables, en particular. Surgen así la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, Ley de Protección al Adulto Mayor; Ley contra la Violencia Doméstica, Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, entre otras, que tienen como fundamento los principios de igualdad, equidad y dignidad que garantiza nuestra Constitución Política.

No es necesario enumerar aquí los tipos de violencia doméstica que distingue la ley en el artículo 2, tampoco la amplia gama de medidas taxativamente dispuestas en el ordinal 3, pues interesan las que permite el artículo 10 al disponer expresamente:

Aplicación de las medidas: Planteada la solicitud, la autoridad competente ordenará, de inmediato, aplicar cualquiera de las medidas de protección solicitadas. Esta resolución deberá notificarse conforme al artículo 177 del Código Procesal Civil y **no cabrá recurso alguno contra ella. No**

obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el juzgador podrá ordenar de oficio, la aplicación de otras medidas distintas de las solicitadas. (Resaltado es propio).

Esta facultad discrecional pone en manos de quienes resuelven estos delicados asuntos una posibilidad que, por su importancia, no puede tomarse a la ligera, por el contrario, requiere en primer lugar, y ante todo, considerar las necesidades de la víctima en torno a la situación particular denunciada pues no todos los casos son ni pueden ser tratados de igual forma; la existencia de otras vías que por su especialidad sean más adecuadas para resolver conflictos donde los plazos y el contradictorio permiten tomar decisiones más ajustadas a la situación real de las partes.

Esto es básico, pues no es un secreto que por la celeridad con que se otorgan las medidas en esta materia y la gratuidad que las caracteriza, usuarios o profesionales la procuren con el velado propósito de evitar no solo procesos de mayor duración sino que además implican un gasto económico importante. Sobre estas circunstancias se han pronunciado el Tribunal de Familia y la misma Sala Constitucional, especialmente cuando las medidas que se solicitan tienen que ver con las personas menores de edad,⁹ o hacen referencia a situaciones de agresión, negligencia de los progenitores, siendo necesario entonces valorar si conviene otorgar lo solicitado u otras medidas distintas, sin al menos un estudio somero previo, o ad portas, remitir la conflictiva al

-
9. 17290-09. PANI SE NIEGA A TRAMITAR DENUNCIA POR MALTRATO A MENOR. Refieren los recurrentes que el tres de agosto del dos mil nueve el Juzgado de Violencia Doméstica del Primer Circuito Judicial de Alajuela, dictó medidas de protección por violencia doméstica a favor del menor y en contra de su madre, medidas que fueron solicitadas por el Juzgado de Familia de Alajuela, con base en las denuncias presentadas. Aducen que el veintidós de septiembre del dos mil nueve, el Juez del Juzgado de Violencia Doméstica del Primer Circuito Judicial de Alajuela, argumentó que es el PANI el encargado de darle curso a esas denuncias de agresión, notificación que le fue entregada al Patronato el mismo día, no obstante lo anterior, el Patronato Nacional de la Infancia no ha tomado acción alguna al respecto, violentando los derechos fundamentales del menor. Se declara con lugar el recurso. En consecuencia, se le ordena al Coordinador del Patronato Nacional de la Infancia Oficina Local de Alajuela, que proceda, de manera inmediata, coordinar y girar las órdenes necesarias que estén dentro del ámbito de su competencia a efecto de tramitar la denuncia por violencia familiar a favor del amparado presentada en agosto de dos mil nueve y, en caso de ser necesario, dictar todas aquellas medidas que sean pertinentes a fin de resguardar los derechos fundamentales de este último. CL.

Patronato Nacional de la Infancia, para que en función de las competencias que le otorga la Constitución, en torno a la tutela de los intereses de los niños, niñas y adolescentes, intervenga administrativamente y resuelva lo procedente en vía administrativa.

Más allá de esto, la cuestión pone en la balanza la necesidad de la razonabilidad y la proporcionalidad de lo ordenado para evitar repercusiones de difícil o imposible reparación. Ante la nebulosa que pudiera ocasionar esta facultad, el Poder Judicial en el marco del Proyecto de Atención a las Víctimas de Violencia Sexual y/o Doméstica del Ministerio Público y la Comisión de Accesibilidad, ha elaborado una “Guía para el otorgamiento de medidas de protección”, donde pretende a través de una amplia lista, abarcar las distintas posibilidades que podrían presentarse a quien resuelve y que van desde la imposición de una cuota alimentaria, hasta la orden de internamiento o valoración en un centro hospitalario. Pese a ello, la lista no puede agotarse por la simple razón de que siempre existirá un asunto que se salga de lo usual, esto conlleva, como se indicó líneas atrás, una valoración concienzuda y responsable desde una óptica diferente.

- En este hilo conductor, cabe aquí preguntarse si ¿es procedente o no fijar un canon alimentario a la cónyuge, conviviente o a los hijos de la pareja, sin documento que acredite el vínculo legal que es el que demuestra no solo los derechos sino también las obligaciones de unos respecto de otros?
- ¿Es dable sin tener los conocimientos médicos necesarios, ordenar a un profesional de esa rama, el internamiento o intervención quirúrgica de una persona que se presume enferma?
-
- ¿Es conveniente ordenar el congelamiento de cuentas bancarias sean de ahorros o corrientes, que impidan el giro legal de una determinada empresa o sociedad?
- ¿Puede obligarse o es recomendable ordenar a una persona acusada de agresión, atender adecuadamente y con la dignidad a que tiene derecho, a su presunta víctima, quien tal vez a causa de la violencia sufrida no puede valerse por sí misma?
- ¿Es conveniente separar del entorno en que ha crecido y vivido, a una persona adulta mayor víctima de violencia, que no conoce otro espacio que ese, para ordenar su ingreso a un centro de atención en un entorno totalmente desconocido?
- ¿Conviene suspender de primera entrada la guarda protectora del padre o madre sin tener un mínimo probatorio?

- ¿Puede un juez o una jueza en esta materia, suspender a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos?
- ¿Debe en estas diligencias, escucharse a las personas mayores de 12 años en garantía de los derechos que les asisten, previo a tomar decisiones que les afecten directamente?

Como se ve la lista no se agota, ni se puede agotar, como tampoco puede pretenderse una posición unívoca sobre ellas por ello, reitero, es conveniente plantearse la conveniencia, la razonabilidad y la proporcionalidad de lo ordenado, así como las repercusiones que tales decisiones puedan generar, no solo a la víctima a quien se pretende proteger sino a terceras personas, esto en virtud de la imposibilidad legal de que un superior conozca de lo resuelto en forma cautelar.

Es fundamental cuando sea factible procurar la ayuda de los familiares quienes podrían ser un soporte adecuado en situaciones como las apuntadas y muchas otras que se pueden generar, utilizar las alianzas con las fuerzas comunales en las áreas de salud, psicología y trabajo social con que cuentan las comunidades.

Como se ve, no he pretendido hacer de este ensayo o artículo una exposición de normativa que dominan a profundidad los jueces y juezas que conocen esta materia, tampoco hacer una lista aún mayor y distinta de la que ya ha elaborado el Poder Judicial, o hacer recuento de las innumerables que han podido ordenarse al momento de conceder las medidas de protección sino, más bien, dejar claro que la violencia como tal no es nueva, que la doméstica por algunos denominada como de primera generación, o las conocidas como de segunda generación, entre las que encontramos las relativas al género, discapacidad y demás, tienen su origen en la cultura patriarcal en la que tanto hombres como mujeres hemos crecido; en los procesos de socialización, producto de los cuales se han distribuido roles que estereotipan y discriminan; que es necesario “deconstruir” lo aprendido en nuestro propio beneficio y de nuestros usuarios.

Llamar la atención en cuanto a que a pesar de las distancias que nos separan de otros países, culturas, creencias, condiciones políticas en general, las víctimas sufren por los mismos problemas y no siempre encuentran una respuesta efectiva en las ley; que en algunos casos la ley en conjunto con los dogmas religiosos más bien legitiman los comportamientos abusivos que se han arraigado a lo largo de la historia, permitiendo y justificando la tortura, esclavitud, invisibilización y hasta la muerte de las víctimas, en su mayoría mujeres y niñas, en menor grado los varones jóvenes y como números o estadísticas que no se conocen con exactitud, también de los ancianos y las personas discapacitadas.

Quisiera externar la esperanza de que quienes nos desenvolvemos en esta especial materia nos preocupemos por conocer, estudiar, profundizar en lo relativo a los derechos humanos pero, además, en que apliquemos lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en las Convenciones y Tratados Internacionales, así como la normativa interna que tutela los derechos de los grupos vulnerables, pues solo así podremos garantizar a las víctimas que al acercarse a la justicia encontrarán, hasta donde las leyes y la razón nos lo permitan, una respuesta efectiva para garantizar los derechos que les asiste.



L APREMIO CORPORAL COMO MEDIDA DE COACCIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO ALIMENTARIO

*Elizabeth Picado Arguedas**

El derecho alimentario surge de las relaciones familiares como una consecuencia del parentesco. Nuestra legislación familiar regula en cuales supuestos se deben alimentos, por ejemplo, en el artículo 169 del Código de Familia, enumerando en forma taxativa el orden preferente y las personas obligadas a proveer alimentos, precisamente con base en el parentesco existente entre ellas y los beneficiarios. Asimismo, el numeral 164 del mismo cuerpo legal estipula o define el concepto amplio de alimentos incluyéndose en este no solo las sustancias nutritivas propiamente que requiere toda persona para un normal desarrollo físico y mental sino, además, incluye otros componentes de igual importancia para el desarrollo de las personas como lo son vestuario, vivienda, recreación, educación, asistencia médica y otros. De la observancia de esta obligación depende una existencia sana y normal de aquellas personas a quienes la ley otorga esta protección.

Desafortunadamente, en un gran número de casos, las personas obligadas a suplir o proveer alimentos a su familia no cumplen su obligación de una manera natural y voluntaria y es por ello que el Estado, mediante la legislación respectiva, debe intervenir activamente a fin de resguardar y dar efectividad al derecho de los beneficiarios a recibir una suma de dinero acorde con las circunstancias particulares de cada caso, para satisfacer, cuando menos en forma digna, sus necesidades alimentarias elementales. No obstante, las normas que regulan este derecho y la resolución judicial que lo declara en cada caso, no son mecanismos suficientes para procurar el efectivo cumplimiento de esa obligación.

Ante el incumplimiento reiterado y sistemático de muchos obligados alimentarios, a pesar de las disposiciones legales y judiciales, ha sido necesario que el legislador establezca también una serie de medidas coercitivas o de compulsión que resulten eficaces, oportunas y expeditas para proteger ese derecho y se garantice el cumplimiento efectivo de la obligación alimentaria. Entre estas medidas tenemos el apremio corporal, que es la más utilizada y efectiva; aunque,

también, existen otras medidas como la retención salarial y, en algunas circunstancias, embargo y ejecución de bienes. El apremio corporal, sin lugar a dudas, es la medida forzosa más drástica contemplada en nuestra legislación alimentaria e igualmente la más utilizada y efectiva, como se indicó supra. Dicha medida está expresamente regulada en el artículo 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias que estipula lo siguiente: “De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso, salvo que sea menor de quince años o mayor de setenta y uno”.

Asimismo el artículo 25 establece el período máximo por el que se puede expedir el apremio corporal y las condiciones para que este proceda:

El apremio corporal procederá hasta por seis mensualidades, incluyendo el período vigente, siempre que la parte actora haya gestionado el cobro en forma reiterada. El apremio no procederá si se probare que al obligado se le practica la retención efectiva sobre los salarios, jubilaciones, pensiones, dietas u otros rubros similares.

El apremio no podrá mantenerse por más de seis meses; se revocará si la parte interesada recurre a la vía ejecutiva para cobrar la obligación o si el deudor alimentario la cancela.

Se suspenderá la obligación alimentaria mientras dure la detención, excepto que durante la reclusión se probare que el demandado cuenta con ingresos o posee bienes suficientes para hacer frente a la obligación. La detención por alimentos no condonará la deuda.

Esta normativa otorga a los acreedores alimentarios un medio efectivo para garantizar el pago alimentario utilizando una de las medidas de compulsión más graves que tiene nuestro ordenamiento jurídico, cual es la privación de libertad del incumplidor alimentario. No obstante, siendo que para proteger un derecho de una parte se vulnera el derecho de la contraparte, cabe preguntarse o cuestionarse si tal medida es necesaria y proporcional a la conducta omitida por el deudor alimentario y, principalmente, si esta, en la práctica, cumple efectivamente el fin perseguido pues a criterio de muchos detractores de esta forma obligatoria de pago de los alimentos, además de atentar contra derechos fundamentales del obligado alimentario, genera un quebrantamiento aún mayor y en muchos casos irreparable de las relaciones y armonía familiar; además, se argumenta que, lejos de ser la forma para generar ingresos y cumplir con las obligaciones familiares, es un agravante a la situación de desempleo y se constituye en

una causa directa de aumento de la población penitenciaria, con el consecuente perjuicio económico y social para toda la sociedad costarricense.

En este sentido, se manifiestan, continuamente, los mismos obligados alimentarios ante las autoridades a las que nos corresponde resolver este tipo de conflictos, así como grupos o asociaciones de personas ya sea con este problema común, grupos religiosos e incluso es un tema tratado mediáticamente con cierta frecuencia, generando controversia en la opinión pública. Para muestra de lo anterior, el Proyecto de Ley número 15314, presentado por el señor diputado en la administración 2002-2006, Juan José Vargas Fallas, tendente a reformar la Ley de Pensiones Alimentarias actual, se fundamentó básicamente en la solicitud e inquietudes de diferentes personas, casualmente todos varones, así como la Asociación de Padres Separados y el argumento principal es que la obligación de los padres de velar económicamente por su familia no debe llevar a extremos de injusticia o abuso, ignorándose los problemas de desempleo y pobreza que enfrenta nuestro país.

Asimismo, más recientemente, se presentó el proyecto de ley número 17708 denominado "Ley de Promoción de Empleo para Personas Deudoras Alimentarias Desempleadas", por parte del entonces legislador Óscar Alfaro Zamora, basado en el anteproyecto redactado por el máster Gilbert Gómez Reyna y la máster Lilliam Barrantes, proyecto que cuestiona el apremio corporal como medida eficaz y justa para resolver el incumplimiento alimentario, pretendiendo que el Estado cree fuentes y bolsas de empleo para los obligados alimentarios.

Uno de los fundamentos principales para justificar la reforma pretendida es que el apremio corporal, si bien ha resultado ser una medida efectiva para evitar que los obligados alimentarios cumplan con las responsabilidades impuestas, dicha medida solo resulta eficaz para un sector de la población, pero para aquellas personas que carecen de empleo y bienes se convierte en una especie de castigo; por otra parte, se argumenta la carga social y económica que representa para el Estado costarricense mantener personas privadas de libertad por deudas alimentarias, sin generar recurso alguno.

Ambos proyectos no pretenden eliminar el apremio corporal como una medida para obligar al pago, pero sí que si este se convierte en ineficaz para el fin perseguido, que el Estado asuma responsabilidad en el tema generando fuentes de empleo para las personas en esas circunstancias, entre otras propuestas interesantes.

Tomando en cuenta estas posiciones muy respetables, a fin de analizar si esta medida regulada y establecida por el órgano legislativo es adecuada y proporcional al derecho protegido o,

por el contrario, causa los problemas aludidos por sus oponentes, se debe analizar también el derecho fundamental vulnerado con la aplicación de esa forma de compulsión para el pago alimentario. Hay que tener presente que la libertad personal, está regulada como uno de los derechos fundamentales por excelencia y solo en casos excepcionales procede la restricción de este derecho. El artículo 20 de nuestra Constitución Política, establece que toda persona es libre en la República de Costa Rica; asimismo el artículo 22 del mismo cuerpo legal establece: “Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país.”

Por otra parte, tenemos que los artículos 37 y 38 de esa normativa constitucional indica lo siguiente:

Artículo 37. Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate de reo prófugo o delincuente in fraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.

Artículo 38: Ninguna persona puede ser reducida a prisión por deudas.

Esta normativa constitucional garantiza, en principio, a todas las personas, dentro de nuestro territorio, su derecho a la libertad personal, libertad de tránsito y la garantía de no ser reducido a prisión por deudas. No obstante, estas regulaciones constitucionales, conforme lo ha dispuesto el legislador, ceden en materia alimentaria, en garantía de otro derecho humano fundamental, cual es el derecho a la protección especial del Estado hacia la familia, subrayándose, en esa normativa la especial protección a la madre, al niño, el anciano y el enfermo desvalido. (Art. 51 Constitución Política).

Dentro de esta protección a la familia se incluye el derecho a la alimentación como derecho básico de todo ser humano, el Estado ha procurado darle un contenido protector real y efectivo, mediante la medida del apremio corporal, sin que esta se pueda interpretar como contraposición a las garantías individuales ya mencionadas. En este sentido, la Sala Constitucional en reiterados pronunciamientos ha indicado que el apremio corporal es la excepción a lo estipulado en el artículo 38 constitucional:

(...) Esta ha sido la tesis que sostenida por la Sala Constitucional desde el inicio de sus funciones, aunque recogiendo la que ya de antiguo había establecido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Para esta interpretación, se ha tomado en cuenta que el apremio corporal es la única modalidad que subsiste de “prisión por deudas”, como excepción al principio general receptado por La Constitución Política, pero fundamentalmente por lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos. Ciertamente, y hay que tener en cuenta que frente al deber de un sujeto de dar alimentos, hay un derecho correlativo de otro a recibirlos... (Voto N.º 4726-94 de las nueve horas, veintiún minutos del dos de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro).

De acuerdo con la normativa constitucional y los pronunciamientos de la máxima autoridad en derechos fundamentales de nuestro país se justifica esa “aparente” contradicción de normas, bajo el fundamento del contenido eminente humano que reviste al derecho alimentario y la obligación que debe tener todo sistema de derecho de dar protección efectiva y eficaz, al derecho fundamental de alimentación de personas que históricamente están en una condición de mayor vulnerabilidad y considerándose que ningún derecho fundamental es absoluto, el derecho alimentario prevalece ante el derecho a la libertad personal dada la necesidad de dar protección real y efectiva al primero.

Es válido preguntarse si la vulneración de un derecho fundamental para dar contenido y eficacia a otro derecho de igual categoría es realmente justificado y da los resultados esperados o, por el contrario, agrava el conflicto familiar y social, como lo afirman los detractores de esta medida. En primer lugar, resulta sumamente injusto y androcéntrico pretender endosar responsabilidad en la ruptura de la armonía familiar a las personas, generalmente las madres, por hacer uso de un derecho legítimo al acudir a la justicia para salvaguardar los derechos de la familia, especialmente el derecho fundamental de los alimentos. El aceptar dicha tesis es admitir que la mala o nula relación que puedan tener los miembros de una familia, en la cual hay un conflicto alimentario de por medio, no es culpa o responsabilidad del incumplidor sino de quien hace uso de un instrumento legal en defensa de los derechos alimentarios. Será que ¿no es suficiente el abandono económico, afectivo y emocional a que se somete a la familia como para endilgar también a la madre o a quien queda a cargo, culpabilidad por la conducta omisiva de otro? En segundo término, con la experiencia acumulada por mi persona, durante varios años como administradora de justicia en diferentes juzgados alimentarios, he constatado la imperiosa necesidad de mantener la medida del apremio corporal como la principal y más efectiva fórmula para obligar a los incumplidores alimentarios.

En un mundo ideal, ninguna persona que ha asumido obligaciones al formar una familia o ha procreado hijos o hijas se desentendería de la responsabilidad para con esas personas,

vivan o no bajo un mismo techo; sin embargo, dado que partimos de realidades sociales, la situación es muy diferente y cada vez es más frecuente el incumplimiento por parte de un gran número de obligados alimentarios, quienes al terminar una relación sentimental o de pareja abandonan, también, en forma inhumana, las obligaciones económicas y afectivas hacia sus hijos e hijas, sin importarles, en un gran número de casos, la suerte de estos, sus necesidades y carencias. Tratándose de hijos o hijas extramatrimoniales ese abandono económico y afectivo es más palpable y evidente, en la mayoría de los casos, los padres no se sienten responsables ni del nacimiento de estos niños o niñas y, mucho menos, de la manutención y como muestra de lo anterior fue necesaria la intervención legislativa a fin de terminar con la injusta realidad de muchos niños y niñas que crecían sin el afecto, apoyo y responsabilidad de un padre, promulgándose en enero de 1997, la Ley de Paternidad Responsable, como única forma de terminar con el abandono paterno de los hijos e hijas nacidos en esas condiciones.

Según lo dispone el artículo 169 del Código de Familia, la ley que otorga la obligación alimentaria es solidaria entre ambos padres; no obstante, debemos partir, para este análisis, de las diferencias abismales existentes entre los géneros, fundamentalmente en lo que respecta a la producción o generación de recursos económicos. Partiendo de la estructura social en que se ha conformado nuestra sociedad, descendemos de un sistema patriarcal, sistema en el que en antiguas civilizaciones el poder económico y legal se centraba en la figura paterna, quien tenía el dominio absoluto sobre bienes y personas miembros de su familia; actualmente, esas estructuras sociales se han modificado, especialmente en sociedades occidentales, reconociendo y otorgando a la mujer igualdad de derechos políticos y económicos; sin embargo, en muchos casos, ese cambio o reconocimiento de derechos se queda en la teoría, pues en muchos hogares se mantiene la autonomía económica del padre de familia, mediante el acceso y control sobre los recursos y bienes económicos, supeditándose a la mujer a una economía reproductiva, es decir, que se le asigna una serie de actividades no remuneradas como la atención de los hijos, los oficios domésticos y otros. En tanto, se mantenga en la práctica este tipo de división económica, al darse una ruptura familiar se mantiene y refuerza ese sometimiento económico de la familia por la voluntad de una persona, normalmente el padre.

Lo que es más grave aún, en una gran mayoría de casos, de acuerdo con los circulantes que se conocen en los juzgados que tramitan la materia alimentaria, el sometimiento económico se convierte en una forma de violencia patrimonial, que daña a la familia y limita el desarrollo económico, educativo y social de los miembros que la componen, que generalmente es la madre y los hijos e hijas menores y estudiantes.

Son muy frecuentes los casos en que al darse la separación familiar, la obligación económica que cumplía el padre, en forma voluntaria, cesa abruptamente, obligando a la persona que se queda con los hijos e hijas recurrir a los tribunales en defensa de los derechos familiares, buscar un empleo sin tener mayor preparación y asumir el doble rol en el hogar. Desafortunadamente y aun cuando la ley protege estas situaciones, el incumplimiento alimentario se mantiene; no basta que exista una legislación que ampare los derechos alimentarios de la familia ni que las autoridades la apliquen si no existe también medidas efectivas y drásticas para compeler al cumplimiento.

Existiendo órdenes de apremio corporal pendientes, muchos obligados alimentarios se ocultan continuamente, cambian de lugar de residencia, de lugar de trabajo, e incluso abandonan el país, con la finalidad de evadir el pago, obligando a la parte actora a solicitar el apremio corporal y, en muchos casos, también el allanamiento en el lugar en que se oculte. Solo en el Juzgado de Pensiones Alimentarias del Primer Circuito Judicial de San José, cuyo circulante fue de tres mil ciento veintidós expedientes al iniciar el año, en el primer trimestre de este año, se resolvieron mil ciento veintiocho solicitudes de apremios corporales, cifra que evidencia una alta morosidad alimentaria. Es de esperarse que en juzgados periféricos o de provincia (Goicoechea, Desamparados; Heredia y Alajuela, fundamentalmente), cuyos circulantes se duplican o triplican con respecto al Juzgado de San José, debido a las zonas residenciales que comprenden y la concentración de población en esas áreas geográficas, estas cifras de morosidad se eleven considerablemente, por lo que se hace necesario mantener esa medida, si bien, no como remedio infalible al incumplimiento, que igual va a persistir, por lo menos como la única forma efectiva de luchar contra este.

Retomando el análisis en cuanto a que si el incumplimiento alimentario se debe a la crisis económica, como lo afirman quienes se manifiestan en contra de esta medida, la experiencia que nos da el trabajo cotidiano en este tipo de situaciones nos demuestra que, en un gran número de casos, el incumplimiento no necesariamente se debe a la falta de empleo o de recursos económicos sino a factores de poder y dominio, derivados precisamente de la cultura predominantemente patriarcal de la que provenimos.

Normalmente el factor económico es el dominante en la mayoría de relaciones, de manera que quien ostenta el poder económico, en determinada situación, domina la relación y las familias no escapan de esa circunstancia; de manera que si el padre (quien normalmente es el deudor alimentario) al abandonar la familia, abandona también sus obligaciones económicas y morales para con su prole.

Ocurre también que, pese a la separación, quieren seguir controlando y decidiendo sobre los integrantes de la familia, especialmente sobre la mujer o ex compañera, y los bienes y servicios que se requieren en el hogar. La gran mayoría de los demandados alimentarios al oponerse a la demanda de alimentos instaurada en su contra, para justificar un pago insignificante o para pretender que no se le imponga cuota alguna, argumentan sus necesidades personales, que siempre superan con creces las de toda su familia junta, las necesidades de su nueva familia incluyendo las de los hijos, hijas o familiares de su nueva compañera y también las deudas civiles, ofreciendo generalmente sumas que se acercan mucho a una limosna, pretendiendo implícitamente recargar la carga económica a la madre, quien, de por sí, ya ejerce una maternidad recargada, al tener que buscar un trabajo para paliar con todos los gastos del hogar, asumir todas las obligaciones domésticas, que siempre son invisibilizadas y todas aquellas funciones inherentes a la crianza de los hijos e hijas (estudios, tareas, visitas médicas, reuniones escolares, actividades extracurriculares, etcétera).

El sentir general de muchos obligados alimentarios es que ellos otorgan “una ayuda” a sus hijos e hijas, de acuerdo con “su criterio”, decidiendo qué es necesario y qué no, sin realizarse conciencia, por parte de este grupo de población, de que la obligación alimentaria es en primer término una obligación moral y humana, pero también es de carácter legal y esta debe cumplirse en forma oportuna, justa y equitativa a las posibilidades del obligado alimentario y a las necesidades de su familia, tomando en cuenta factores como número de hijos e hijas, edades, circunstancias especiales, entre otros. Las necesidades de la familia se constituyen en derechos humanos fundamentales, por lo que no pueden esperar; son inmediatas y perentorias y, por consiguiente, es imperativo mantener la única fórmula que por años ha demostrado ser efectiva contra el incumplimiento reiterado, en aquellos casos en que se hace imposible compeler al pago por otros medios.

A fin de sustentar que la causa principal del incumplimiento no es la imposibilidad de pago, se toma en cuenta que en una gran cantidad de casos en que el incumplimiento es reiterado y sistemático, los obligados alimentarios no realizan por meses, y hasta por años, un solo depósito, ni total ni parcial; como tampoco se interesan por mantener comunicación o contacto con sus hijos e hijas, sin importarles las necesidades de sus familias ni los sacrificios que hacen las madres para que sus hijos sobrevivan. De ser verdadero que el incumplimiento se debe a situaciones de pobreza y desempleo, esa circunstancia se reflejaría, cuando menos, en depósitos parciales, pagos en especie o voluntad de arreglos de pago ya sea directamente con la parte acreedora o con el juzgado; sin embargo, la realidad es que ese tipo de acuerdo únicamente se presenta una vez que fueron aprehendidos por la autoridad de policial, después de meses o años de intentos fallidos; los beneficios que se otorgan en los juzgados, previstos

en los artículos 31 y 32 de la misma ley, una vez que se les otorga la libertad, son incumplidos con mucha frecuencia, obligando nuevamente a dictar la orden de captura, convirtiéndose en un juego del gato y ratón.

Existe también un número importante de obligados alimentarios que esperan hasta que la actora solicite el apremio corporal para depositar lo que corresponde, ejerciendo de esta manera una forma de violencia patrimonial y dominio de la situación al decidir ellos cuándo y cómo pagan, sin importar la estabilidad económica de la familia. Como muestra de lo anterior, se procedió a hacer un breve estudio de las detenciones alimentarias que se han hecho efectivas en el Juzgado de Pensiones Alimentarias de San José en lo que va del año: de treinta demandados que fueron detenidos y remitidos a la Unidad de Pensiones Alimentarios de la Reforma, por adeudar pensiones alimentarias, ocho casos no estuvieron en prisión ni un día completo, pues cancelaron lo adeudado o buscaron un arreglo de pago; en nueve casos, permanecieron detenidos cinco días o menos; en cinco casos, permanecieron detenidos diez días o menos; y ocho casos, superaron los diez días; solo uno permaneció ochenta y nueve días detenido y otro aún se mantiene en prisión.

Es importante acotar también que la limitación que establece el artículo 25 de la Ley de Pensiones Alimentarias, en cuanto al tiempo máximo para expedir el apremio corporal, es una muestra más de que el incumplimiento se debe más a cuestiones de poder, desamor y desinterés, que a situaciones económicas. Muchas acreedoras alimentarias pasan meses y, hasta años, firmando las solicitudes de apremio corporal en forma continua y cuando por fin se logra apremiar al demandado este únicamente cancela lo que requiere para recobrar la libertad, sin que muestren la menor consideración o arrepentimiento por las limitaciones económicas que ha sufrido su familia ni por las necesidades postpuestas o insatisfechas, por todo el tiempo que incumplió con su obligación ni, mucho menos, muestra alguna actitud compensatoria hacia su familia por las sumas que ya resultan incobrables en la mayoría de los casos.

Lo anterior demuestra que, pese al desempleo alegado y a la crisis económica, solo hay voluntad de pago bajo la amenaza y efectividad del apremio corporal. El eliminar este modo de compulsión para el pago atentaría contra los derechos fundamentales de personas que están en una situación de mayor vulnerabilidad y dejaría únicamente en el papel, los derechos familiares provocando un retroceso significativo en el avance de los derechos familiares y de género que ha logrado nuestra sociedad. En cuanto a las medidas alternativas que proponen quienes promueven la reforma de ley, estas son casi utópicas. Se pretende que el Estado, mediante instituciones públicas, especialmente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Instituto Nacional de Aprendizaje y el Instituto Mixto de Ayuda Social, fundamentalmente,

incorporen programas como bolsas de empleo, capacitaciones para los obligados alimentarios y programas de asistencia social a familias de extrema pobreza. Se propone también ampliar los plazos de los beneficios estipulados actualmente en los artículos 31 y 32 de la Ley de Pensiones Alimentarias, a fin de dar oportunidad a los obligados alimentarios, que incumplen, para que busquen trabajo, se capaciten e incluso para que traten cualquier situación de adicción u otra similar que padezcan, entre las principales propuestas.

Esta reforma pretendida, a criterio nuestro, lejos de resolver el problema social y económico que viven muchas familias costarricenses y de extranjeros radicados en el país, se agravaría. La irresponsabilidad familiar no es un problema originado únicamente en la falta de recursos económicos como ya se expuso sino que es un asunto más complejo y está

sumamente relacionado con una deficiente educación humana y sensibilidad paterna, pérdida de valores, desarraigo familiar, cultura machista, entre otros.

El asignar un papel eminentemente paternalista al Estado costarricense, para resolver el incumplimiento alimentario, lejos de resolver este problema, que tiene más matices sociológicos y de culturización que económicos, implicaría un aumento desmedido en la burocracia y gasto estatal pues no solo se incrementarían los programas y presupuesto estatal para ese cometido sino que eso conlleva también a buscar o crear otros programas para dar seguimiento y atención a todos aquellos obligados alimentarios, establecer programas de atención médica y de farmacodependencia; en tanto, con toda seguridad, aumentarían considerablemente el número de obligados alimentarios que alegarían imposibilidad de pago por presentar todo tipo de patologías, en espera de que el Estado resuelva sus situaciones.

Si bien, dada la crisis económica que vive nuestro país, es innegable que se requieren mayores fuentes de empleo y más programas de capacitación para la población en general, especialmente la menos calificada, no significa, de ninguna manera, que el Estado asuma el incumplimiento alimentario y deba darle la solución en forma directa a esa problemática. Llama poderosamente la atención el esmero que pusieron los redactores de esos proyectos de ley en pretender solucionar los problemas de los obligados alimentarios, bajo el argumento de la detención "injusta" que, según ellos, sufren quienes no pueden honrar sus obligaciones alimentarias pero prácticamente invisibilizaron la contraparte de la relación, que generalmente es la más vulnerable debido a que, por lo general, se compone de la madre y los hijos e hijas menores, adultos mayores y jóvenes estudiantes. Qué pasaría con el derecho de alimentos, del estudio, de la salud, de la vivienda, fundamentalmente, (porque la pensión alimentaria comprende más rubros), de aquellas familias en que los demandados aleguen que requieren llevar cursos de

capacitación o que aleguen requerir internamientos por problemas emocionales, siquiátricos o de drogadicción. ¿Quién asumirá las necesidades vitales de la familia? ¿el Estado o el IMAS? o, como es de esperarse, ¿seguirá recargándose esa función en la madre o en la persona que queda a cargo de la familia?

Durante los meses o años que pueda tardar un demandado alimentario sometido a uno de esos programas, tendrá el Estado capacidad económica para suplir el costo económico de los estos, darle seguimiento, hacer la calificación respectiva; y, a su vez, suplir en forma digna y humana la manutención de miles de familias que se verán afectadas con esa reforma pretendida.

Si tomamos en cuenta que la institución encargada de proteger los derechos de los niños y las niñas en nuestro país carece permanentemente de los recursos económicos y humanos indispensables y adecuados para dar seguimiento y atención a los problemas que enfrenta nuestra niñez; si consideramos que el Instituto Mixto de Ayuda Social no tiene el presupuesto necesario para dar atención y ayuda digna a las familias de extrema pobreza de nuestro país y muchas señoras, jefas de familia, se ven obligadas prácticamente a dormir fuera de las sedes de dicha institución en espera de ayudas económicas para el estudio de sus hijos e hijas, para el pago de vivienda y cubrir otras necesidades; si la Caja Costarricense de Seguro Social otorga a los adultos mayores o personas con discapacidad, pensiones del régimen no contributivo que no superan ni una tercera parte del salario mínimo establecido para un trabajador no calificado; cómo se puede pretender que el Estado asuma el costo que conllevaría la magnitud de esos proyectos de ley. Si las instituciones actuales no dan a basto con sus funciones, y sus presupuestos siempre son insuficientes, cómo se pretende asignar más responsabilidades y costos, ¿a quién protege realmente esa reforma?

El eliminar o limitar el apremio corporal como medida obligatoria para el pago alimentario, solo implicaría, en la práctica, fomentar la irresponsabilidad familiar y evidentemente conllevaría mayor incumplimiento, recargando en una persona, normalmente la madre, la manutención de la familia, además de todas las funciones que por condicionamiento social le corresponde asumir. Sería, en síntesis, el portillo legal por excelencia, utilizado por las personas obligadas para burlar sus responsabilidades alimentarias, duplicando o triplicando el incumplimiento actual, en perjuicio de la familia y en contraposición al mandato constitucional del artículo 51 que todos y todas estamos llamados a cumplir y a respetar.



EJEZ, VIOLENCIA Y DERECHO

*M. Sc. Ramón Zamora Montes**

Se abordará una discusión con respecto a un tema tan oscuro y disipado en el quehacer jurídico nacional, como lo es la condición y protección jurídica de las personas de edad avanzada. La intención es despertar la inquietud de otros operadores jurídicos y propiciar, de algún modo, la evolución de un Derecho de las personas mayores. Este es un tema de futuro, es decir, del futuro de todas y todos nosotros, es necesario meditarlo.

Actualmente, Costa Rica tiene más de doscientos ochenta mil habitantes cuyas edades superan los sesenta y cinco años y para el año 2025, ese sector de la población superará las seiscientas mil personas. Eso significa que en aproximadamente quince años la población adulta mayor pasará del 6% al 11.5% del total nacional. Ese aumento tan significativo será producto de la disminución de la mortalidad, debido a que un mayor número de personas sobrevive hasta edades avanzadas.¹

Es una realidad de conocimiento general que las personas adultas mayores se encuentran en una situación de desventaja en relación con otros sectores poblacionales. Esa condición es el resultado de un proceso histórico reciente, según el cual los valores relacionados con la juventud y la productividad económica son identificados como signos sociales de éxito. En consecuencia, quienes no cumplen con esas ideas preconcebidas tienden a ser relegados social y familiarmente.

* Licenciado en Derecho, Universidad Costa Rica. Máster en Administración de Justicia, Universidad Nacional. Ex juez Coordinador del Juzgado de Violencia Doméstica del Segundo Circuito Judicial de San José. Miembro de la Comisión para el Seguimiento de la Atención de la Violencia Doméstica. Juez de Familia de Goicoechea.

1. Ver Consejo Nacional para la Persona Adulta Mayor. Envejecimiento poblacional y desarrollo (2008), p.3, http://www.conapam.go.cr/ESPAM/descargas/ESPAM_cap1web.pdf.

Dentro de la construcción social del envejecimiento se han acuñado una serie de mitos y estereotipos, de los cuales todos participamos, en menor o mayor medida. Tales ideaciones inciden de manera importante en la calidad de vida de las personas adultas mayores. Es común que se asocie a los más longevos con ideas preconcebidas de deterioro intelectual, mal carácter, infantilización, deterioro físico, pérdida de autonomía, pérdida de la sexualidad, aislamiento social, que todas las personas envejecemos igual, que las personas adultas mayores deben residir en asilos de ancianos, sufren depresión constante y son improductivas.

Si bien es cierto estas condiciones pueden aparecer en algunas personas maduras no marcan la realidad de esta población, por lo que no se le debe identificar a partir de ellas. Dichos mitos conforman el estereotipo de viejismo o la ancianidad y conllevan importantes limitaciones para el desenvolvimiento individual, familiar y social de las personas de edad avanzada. Por abandono o sobreprotección lo cierto es que, frecuentemente, se cometen atentados contra los derechos de los mayores, los cuales menoscaban su dignidad como seres humanos y no reciben un abordaje adecuado a nivel jurídico.

“Estos prejuicios incorporados a la mentalidad de la gente, determinan actitudes negativas frente al proceso de envejecimiento.”² La concepción social de la ancianidad surge de esa forma como una referencia peyorativa que incide en la vulnerabilidad y discriminación convirtiendo a las personas adultas mayores en ciudadanos de inferior categoría, cargas familiares y sociales, o seres humanos inútiles. Resulta interesante que los mismos adultos mayores participan de esas nociones y buscan cumplirlas para asumir el rol que la sociedad les permite.

El prejuicio vigente se sintetiza en que el anciano se encuentra en una etapa de inactividad y reposo forzado, esperando el final de su vida. Dicha percepción hace a esta población proclive a recibir abusos, malos tratos y vejaciones en sus bienes y atributos más esenciales, aunque no necesariamente los autores de tales actos busquen ese resultado. Es esencial que el operador jurídico logre identificar esos prejuicios y trate de objetivarlos a efectos de tener una impresión acertada de la situación que debe resolver con la normativa vigente.

Precisamente para facilitar comprender a la población objeto de estudio, y sus necesidades desde la óptica jurídica, se estima importante reconocer el perfil de las personas de edad avanzada mayormente expuestas a recibir agresiones. Se trata de visualizar los factores

2. Amato, María Inés (2004). *La pericia psicológica en violencia familiar*. Argentina, Buenos Aires: Ediciones La Roca, p. 184.

biopsicosociales presentes en dicho sector de la población. Todos esos factores permiten comprender la situación de la víctima y las necesidades específicas del caso en cuanto a abordaje multidisciplinario se refiere, aspectos de los cuales ha de ocuparse el Derecho, si realmente se pretende sustentar un sistema de tutela de derechos fundamentales.

Sandra Jiménez Rodríguez propone una estructuración de tales factores en los siguientes términos:

Los factores personales, como incapacidad física o mental, el aislamiento, el género, la edad avanzada, la dependencia, el alcoholismo, los conflictos intergeneracionales, la autoculpabilidad.

Los factores familiares, el tamaño de las familias, la familia extensa y la familia individual; miembros inaccesibles o inapropiados para proporcionar cuidado, la falta de apoyo familiar, la renuencia para velar por una persona mayor, el hacinamiento, el aislamiento, los conflictos maritales, las presiones económicas, los problemas intrafamiliares, deseo de institucionalizar, el desacuerdo en compartir las responsabilidades, reubicación familiar sin ayuda profesional.

Los factores ambientales, condiciones habitacionales y de la comunidad deterioradas, insalubres, inseguras.

Los factores culturales, mayor tolerancia a la violencia y socialización de la misma.³

Resulta imprescindible identificar esos factores y determinar la incidencia de estos en la vulnerabilidad de la persona adulta mayor para disponer de forma pertinente los instrumentos de protección o intervención. Como se ha adelantado la violencia social y familiar contra este grupo etario es una consecuencia de la vulnerabilización pero adquiere una serie de características singulares que también deben ser clarificadas si en realidad el operador jurídico pretende hacer una intervención efectiva que tienda a contrarrestar las condiciones de riesgo y pueda resultar más exitosa en cuanto a detener las agresiones y propiciar el bienestar de la persona adulta mayor.

Violencia contra las personas adultas mayores

El concepto de violencia aplicado al estudio de la población en edad avanzada adquiere matices particulares y suele ser más bien sustituido por el de abuso o maltrato. La organización Mundial de la Salud ha adoptado la siguiente definición de abuso: "la acción única o repetida, o la falta de medidas apropiadas, que causa daño o angustia a una persona mayor y que ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de La Ley Integral para la Persona Adulta Mayor define violencia contra las personas adultas mayores como "cualquier acto u omisión, directa o indirecta, ejercida contra una persona adulta mayor, que produzca, como consecuencia, el menoscabo de su integridad física, psicológica o patrimonial."⁵ Es claro que nuestra legislación implementa una noción más amplia que la utilizada por la OMS, porque no requiere una relación de confianza entre víctima y victimario.

Resulta sumamente complejo dimensionar el fenómeno de la violencia hacia la tercera edad. Las formas tradicionales de violencia, es decir, física, psicológica, patrimonial y sexual, suelen estar presentes en los casos de maltrato a personas de la tercera edad. Resulta verdaderamente difícil resumir la totalidad de las acciones y omisiones que pueden calificar como agresiones, especialmente debido a que la violencia suele ser un signo de la inestabilidad familiar. Sin embargo, partiendo de los factores biopsicosociales, ya mencionados, es posible hacer un primer acercamiento a los tipos de violencia más frecuentes en perjuicio de personas de sesenta y cinco años o más.

Abandono o negligencia

Es la omisión de brindar los cuidados especiales requeridos por la persona para realizar las actividades esenciales para la vida diaria y satisfacer las necesidades que permitan una

-
3. Jiménez Rodríguez, Sandra. Programa Nacional para la atención integral de la persona adulta mayor abusada y o abandonada, desde el enfoque del envejecimiento activo (2004). Consejo Nacional para la persona adulta mayor. En: <http://www.conapam.go.cr/pdf/Personaabusada-abandonada.pdf>, p. 43.
 4. González Cuchallo, Lucio. "Maltrato al Anciano". En: http://www.univalle.edu/publicaciones/revista_salud/revista09/pagina12.htm, 05/04/2010, 12:45 hrs.
 5. Ley integral para la persona adulta mayor, N.º 7935 del 25 de octubre de 1999, publicada en el Alcance N.º 88-A a La Gaceta N.º 221 del 15 de noviembre de 1999, artículo 2.

existencia digna. Es un tipo de agresión muy difícil de identificar. Citando a los autores Corazzi y Taylor, el Consejo Nacional para la persona adulta mayor (CONAPAM) en su portal de internet brinda la siguiente definición:

Negligencia es todo comportamiento que tienda al descuido, desatención y abandono de una persona que no está en condiciones de valerse por sí misma por razones de edad, enfermedad o discapacidad. Comprende también el no proveer las condiciones de supervivencia, teniendo las posibilidades de suplirlas.

Control abusivo y unilateral de la vida

Puede catalogarse como una agresión psicológica el abuso de control y unilateral de la vida, empero reviste tan especial importancia para la autonomía personal de quien la recibe que se opta por destacarla en forma separada. Se presenta cuando se le impide a la persona la toma de las decisiones que conciernen a su propia vida, de modo que resulta sustituida su voluntad. Entonces se le direcciona la vida sin contar con su opinión.

Es necesario destacar esta forma de violencia por cuanto, precisamente, la limitación de la autonomía personal es una de las afrentas más frecuentes a los derechos fundamentales de las personas adultas mayores.

Maltrato físico

La acción u omisión generadora de riesgo o daño para la integridad corporal de una persona es lo que constituye el maltrato físico. Es la forma de violencia más reconocida socialmente y más fácil de identificar. Este tipo de violencia implica un menoscabo en la integridad física de la víctima.

Maltrato psicológico

Se incluye en este rango el control de las acciones, comportamientos y creencias de otras personas; la intimidación; manipulación; amenaza, directa o indirecta; humillación, u otra que implique perjuicio en la salud psicológica relativa a la autodeterminación o desarrollo personal. Esta modalidad de violencia es la más frecuente entre la población adulta mayor.

Violencia patrimonial

Puede ser producida ya sea por explotación directa de la persona adulta mayor o por el aprovechamiento indebido del patrimonio de esta. Consiste en la acción u omisión que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción o retención de objetos, instrumentos de trabajo, documentos, bienes, valores, derechos o recursos necesarios para satisfacer las necesidades de las personas agredidas.

Agresión sexual

Se trata del sometimiento de la persona a conductas, hechos o circunstancias de contenido sexual, en contra de su voluntad. Se incluye además la obstaculización o restricción arbitrarias de la sexualidad activa, lo cual debe destacarse por cuanto este ámbito de la vida es usualmente truncado a las personas adultas mayores.

Es necesario destacar que los agentes de la violencia contra personas adultas mayores se aprovechan de una especial condición de poder con respecto a la víctima para agredirla. Ese fenómeno se presenta tanto en el seno de la familia como en la dinámica social general.

Una vez evidenciadas las formas de violencia a que son expuestas las personas adultas mayores es necesario reconocer la necesidad de protección que tienen estos sujetos, la cual se coloca como un derecho fundamental por operativizar, por parte del Estado y, más concretamente, del Poder Judicial.

Derecho a la protección judicial

La vulnerabilización y discriminación de las personas adultas mayores deberían ser correspondidas por instrumentos jurídicos específicos de protección. Sin embargo, tan tardía como la comprensión del envejecimiento ha sido la promulgación de normativa dedicada especialmente a propiciar mejores condiciones de vida para las personas de edad avanzada en cuanto al respeto de sus derechos.

En consecuencia, hasta hace pocos años, la tutela jurídica no diferenciaba en cuanto a cualidades concretas de las personas titulares de derechos, obligaciones o bienes jurídicos; entonces, la protección de las personas adultas mayores debía hacerse a través de las leyes comunes u otros instrumentos de carácter general, con el inconveniente de cargar con la idealización negativa de los legisladores en relación con este sector poblacional. Asimismo los operadores

del Derecho han interpretado y aplicado esas normas con una visión distante de lo que ahora se conoce como envejecimiento activo o exitoso.⁶

Con la introducción de leyes especiales dedicadas a proteger grupos socialmente vulnerabilizados, el ordenamiento jurídico nacional se ha enriquecido de manera que ahora se dispone de un entramado normativo más concreto con base en el cual direccionar la intervención judicial. Miguel Orós rescata la necesidad de dar una protección judicial desde varias materias y coordinada, con la protección social que brinden otros sectores del aparato estatal.

Se han desarrollado procesos para tutelar los derechos en sede civil (familia) y en sede penal, con deberes muy específicos y singulares atribuidos al juez como parte de la especificidad del conflicto que se trata de abordar.⁷

Los instrumentos para la protección de las personas adultas mayores deben partir de la óptica de los derechos fundamentales. Existe el inconveniente de que hasta el momento se carece de un instrumento internacional específico referente a las especiales prerrogativas que requiere este grupo humano para tener una existencia digna en un marco de respeto e igualdad social y familiar.

Ni siquiera la Constitución Política ofrece una protección del todo específica y completa; en consecuencia, es necesario acudir a las declaraciones generales de derechos humanos y aplicarlos a partir de una interpretación amplia a efectos de configurar un marco jurídico supra legal de protección a las personas adultas mayores. Conviene recordar que los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución, tal como lo clarificó la Sala Constitucional en la sentencia N.º 3435-92 y su aclaración, N.º 5759-93.

6. El envejecimiento activo es la tesis a partir de la cual se están estructurando a nivel internacional, las políticas y actuaciones relativas al bienestar de las personas adultas mayores. La Organización mundial de la salud define el envejecimiento activo como el proceso por el que se optimizan las oportunidades de bienestar físico, social y mental durante toda la vida, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable, la productividad y la calidad de vida en la vejez.

7. Ver Orós Muruzábal, Miguel (2007). "Violencia de Género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense". La práctica forense. España, Navarra: Editorial Aranzadi, p. 890.

Como fundamento supranacional de los derechos y garantías de las personas adultas

mayores conviene tener como primera referencia la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente los ordinales citados a continuación:

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Se entiende entonces que el Estado costarricense debe velar porque todos los habitantes de la República reciban un trato igual de parte de la ley. Siguiendo la línea de pensamiento de la Sala Constitucional ha de indicarse que esa igualdad y no discriminación está referida al reconocimiento de la diversidad personal, las distintas condiciones y necesidades que cada individuo tiene para vivir dignamente.

La protección judicial a las personas adultas mayores debe responder a las cualidades de dicho sector de la población y es en la medida de esa singularidad que opera el principio de igualdad constitucional. Esa diferenciación no es transgresora de la dignidad humana, por el contrario, reviste una defensa al disfrute de los derechos desde una visión personalizada.

En lo tocante al procedimiento por medio del cual se realiza la protección judicial, ha de ser efectivo y dirigido a amparar contra las transgresiones a los derechos fundamentales. Se complementa este requerimiento con el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los ordinales 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

Artículo 18. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25. Protección Judicial.

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

De esta forma el procedimiento judicial de protección para las personas adultas mayores debe ser rápido, ágil, sencillo y, ante todo, útil y eficiente para lograr su objetivo; es decir, el amparo inmediato de los derechos fundamentales, la reparación de los daños sufridos y el restablecimiento de su integridad física, psicológica, sexual y patrimonial. Todo ello considerando además la multiplicidad de factores que rodea el fenómeno de violencia contra la tercera edad y procedencia de un abordaje multidisciplinario tal como lo han mencionado los expertos consultados con ocasión de esta investigación.

Aunque de una forma sencilla y escueta, la Constitución Política de 1949 introduce la protección para las personas de la tercera edad. La obligación del Estado en cuanto a la protección de las personas adultas mayores, incluida la tutela judicial, se estructura a partir del artículo 51 de la Constitución Política:

Artículo 51. La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado.

Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.

Hay dos normas más dentro de la Carta Magna útiles para complementar el artículo 51, se trata de los ordinales 33 y 41. El primero por cuanto establece el principio de igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación contraria a la dignidad humana. En el artículo 41 se garantiza el recurso judicial para que los habitantes de la República exijan la reparación de los daños recibidos a través de una administración de justicia pronta y cumplida.

Los instrumentos internacionales y las normas de la Carta Magna han sido retomados en instrumentos legales, los cuales se dirigen a brindar una protección especial a grupos vulnerabilizados y, en especial, a las personas adultas mayores. Tales cuerpos normativos conforman el fundamento legal de la intervención judicial en los casos de personas adultas mayores agredidas.

Existe en Costa Rica una ley especial mediante la cual se ha pretendido regular los aspectos trascendentes para la población de edad avanzada, es la Ley integral para la persona adulta mayor, N.º 7935 del 25 de octubre de 1999, publicada en el Alcance N.º 88-A a La Gaceta N.º 221 del 15 de noviembre de 1999. Este cuerpo normativo constituye la piedra angular de la protección judicial dirigida a la tercera edad. Si bien es cierto existen otras leyes útiles en casos concretos, verbigracia: Ley contra la violencia doméstica, Ley igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y la Ley de penalización de la violencia contra las mujeres. No obstante, solamente la Ley N.º 7935 tiene como objeto específico la población adulta mayor y esta debe tomarse como marco normativo de referencia para realizar la intervención judicial ante casos de violencia contra una persona adulta mayor.

Ofrece dicha legislación una serie de conceptos de suma importancia. El principal es la definición de “persona adulta mayor” como aquella que cuenta con sesenta y cinco años de edad o más. Otro de esos conceptos es el de atención integral: satisfacción de las necesidades físicas, materiales, biológicas, emocionales, sociales, laborales, productivas y espirituales de las personas adultas mayores. Para facilitarles una vejez plena y sana se considerarán sus hábitos, capacidades funcionales y preferencias. Cabe también citar la noción de riesgo social como toda situación de mayor vulnerabilidad en que se encuentran las personas adultas mayores cuando presentan factores de riesgo que, de no ser tratados, les producen daños en la salud.

De amplio interés para esta exposición es el artículo 3 en cuanto contempla el derecho de toda persona adulta mayor a recibir protección jurídica y psicosocial cuando son afectadas por violencia. Esta protección jurídica debe circunscribirse en el ámbito del derecho a la integridad dispuesto en el ordinal 6 de la ley.

Frente a todo este marco de referencia nos encontramos con una respuesta judicial que se concentra en dos procesos: uno cautelar o de protección y otro sancionador. Ambos instrumentos supuestamente deben dirigirse a la protección de las personas adultas mayores que han sido víctimas de alguna clase de agresión.

Hasta este punto y siempre sin pretensiones de ser exhaustivo, espero haber logrado la apertura de varios derroteros de análisis, a partir de la conclusión de que las personas adultas

mayores son sujetos de derechos propios que a la vez se derivan de circunstancias particulares de esta población caracterizada por la vulnerabilización social y familiar. Igualmente parece claro que las personas adultas mayores agredidas tienen derecho a una protección jurídica y judicial especial y efectiva. En adelante es necesario asumir la tarea de revisar los instrumentos por medio de los cuales se pretende alcanzar tan importante objetivo. Los operadores jurídicos relacionados con este tema, deberían hacer su aporte para responder la siguiente pregunta:

¿Aprueban el proceso cautelar y el penal el examen de idoneidad como instrumentos efectivos para la protección de las personas adultas mayores agredidas?

L A OPINIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD COMO GARANTÍA PROCESAL Y DERECHO FUNDAMENTAL

*M. Sc. Rolando Soto Castro**

I. Introducción

A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial se desarrolla el Derecho Internacional de los Organismos Internacionales, el cual tiene como génesis la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en 1945. Es a partir de este hecho histórico que los ordenamientos jurídicos de los estados miembros de la ONU, poco a poco, inician un proceso de "internacionalización", el cual consiste en que van incorporando fundamentalmente instrumentos internacionales de derechos humanos al derecho interno de cada uno de ellos, ocupando tales normas internacionales una jerarquía supra legal o hasta constitucional, según se trate.

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).

Este cambio de paradigma se consolida con la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), sancionada por Costa Rica el día dieciocho de julio de mil novecientos noventa. Es con esta convención que se otorgan derechos fundamentales dados a las personas menores de edad en condición de verdaderos titulares de los estos y no como seres incapaces que son paternalmente controlados.

Dentro de los derechos que se consagran en la CDN se encuentra el de opinar en todos aquellos asuntos que les afecten, por lo que se garantiza el derecho a ser escuchados en los procesos administrativos y judiciales en los que estén relacionados (artículo 12 CDN).

Seguidamente se analiza, someramente, ese derecho en consonancia con el Principio del Interés Superior de la persona menor de edad, también se revisará el aporte de la jurisprudencia al respecto.

II. Interés superior de la persona menor de edad

La CDN prevé en su numeral 3 que cualquier acción, medida o política que se tome en relación con las personas menores de edad tendrá que tener en cuenta el interés superior de la persona menor de edad. Sin embargo, la convención no proporciona una definición de lo que debe entenderse por “interés superior” sino que habrá que dar contenido a tal concepto en el caso concreto de que se trate.

Al respecto, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) emitió una serie de directrices prácticas, en el año dos mil ocho, para determinar el contenido del “interés superior” de la persona menor de edad, señalando entre otros lo siguiente:

El término “interés superior” hace referencia, en líneas generales, al bienestar del menor.

Dicho bienestar depende de múltiples circunstancias personales, tales como la edad y el grado de madurez, la presencia o ausencia de los padres, el entorno del menor y de sus experiencias. Su interpretación y aplicación debe hacerse de acuerdo con las normas de la CDN y otras normas jurídico internacionales. (ACNUR, 2008: 12).

La autora argentina Marisa Herrera, sobre el contenido del interés superior del menor, ha indicado:

Es nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos... es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud, ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente, es una orientación o directriz política para la formulación de políticas

públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática. (Cillero, 2001: 43).

De conformidad con las anteriores citas doctrinarias se evidencia que se trata de un concepto indeterminado, cuyo contenido tendrá que ir construyendo el operador del Derecho – administrativo y jurisdiccional– para el caso concreto, mas conlleva una naturaleza directiva o programática establecida en el artículo 3 de la CDN, en el sentido de que cualquier autoridad pública o privada tendrá que tomar en cuenta lo que mejor beneficie a la persona menor de edad. Esto se debe entender como aquello que garantice el disfrute pleno del menor como sujeto titular de derechos fundamentales inherentes a su condición de ser humano.

Siguiendo el razonamiento que se ha esbozado, el derecho de opinar que se garantiza a los menores de edad debe ejercerse de forma coherente con el principio del interés superior del menor; es decir, que tendrá que ser un reflejo de aquello que le convenga, por lo que no siempre la opinión de dicho menor será oportuna y necesaria, en términos de su grado de madurez, edad y estabilidad emocional.

No debe confundirse la prevalencia que se busca dar a la persona menor de edad, con una aplicación irrestricta de sus derechos, en general, o del derecho de opinión en particular. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que un menor que haya sido objeto de abusos sexuales; habría que plantearse hasta dónde es conveniente para su bienestar escucharlo ante estrados judiciales –en repetidas oportunidades y etapas– así como ante peritos expertos que valorarán su estado y condiciones generales.

Por supuesto que la decisión por tomar tendrá que valorarse en cada situación particular, siempre con el norte proporcionado por el mismo principio; sea decidir lo que mejor favorezca a la persona menor de edad.

III. Garantías procesales de las personas menores de edad

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), conocida también como Pacto de San José, establece entre otros derechos fundamentales una serie de garantías de carácter procesal. Este instrumento internacional es de naturaleza general, por lo que no está dirigido específicamente a las personas menores de edad; sin embargo, al ser un cuerpo normativo de tal magnitud e importancia se cuestionó en algún momento si sus disposiciones generales

también cubrían a las personas menores de edad y de ser así si su aplicación debía ser la misma que para las personas adultas.

Estos cuestionamientos fueron realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de una consulta dirigida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal internacional-regional que emitió la opinión consultiva OC. En esta opinión se analizaron las garantías y principios que conforman el debido proceso, sean:

- a. Garantía del juez natural.
- b. Presunción de inocencia.
- c. Derecho de defensa.
- d. Derecho a la doble instancia.
- e. Prohibición del *non bis in ídem*.
- f. Principio de publicidad.
- g. Principio de humanidad.
- h. Principio de jurisdiccionalidad.
- i. Principio de Contradictorio
- j. Principio de Inviolabilidad de la Defensa
- k. Derecho a la Impugnación

Todos y cada uno de estos derechos, garantías y principios se encuentran consagrados en la CADH. Ahora bien, en cuanto a su aplicación a las personas menores de edad, cuando estas se encuentren inmersas en un proceso administrativo o judicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva citada señaló:

Como se ha dicho anteriormente (...), los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (...), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característicos de la sociedad democrática. En ésta "los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren

protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado... Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño...

En cuanto a la participación de los menores de edad en los procesos administrativos y judiciales, la Corte llegó a la siguiente conclusión:

(...) la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales, y determinó que los "menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14. Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso...

Tal y como se puede observar la Corte Interamericana de Derechos Humanos estima que toda persona menor de edad que sea parte en un proceso judicial tiene todos los derechos que ostenta un adulto, dentro de los que se incluyen el derecho pleno de defensa el cual se puede materializar en el derecho a ser escuchado en el proceso. Evidentemente, la participación de las personas menores no puede ser exactamente igual en todos los casos, por cuanto su grado de madurez y discernimiento variarán dependiendo de la edad que tengan. En consecuencia, los

derechos y garantías tendrán que cumplirse dentro de las características de cada caso particular.

El hecho de que se apliquen los mismos derechos de las personas adultas no implica que no puedan darse diferencias, a favor de menores, en vista de su especial condición de vulnerabilidad. (Dagdug, s.f.: 14-18).

Las garantías procesales y el derecho de opinión de las personas menores de edad también se han contemplado en un instrumento internacional de Derechos Humanos, denominado Convención Iberoamericana de Derecho de los Jóvenes (CIDJ), la cual se aplica a los menores de edad a partir de los quince años.

El numeral 13 de la CIDJ establece que los jóvenes tienen derecho a la denuncia, audiencia, igualdad, trato justo y digno, defensa y, en general, todos aquellos derechos que conforman el debido proceso. Igualmente, el artículo 19 *ibídem* establece que los jóvenes tienen derecho a ser oídos en los procesos de divorcio o separación, en lo que a su guarda se refiere; así como en los procesos de adopción donde su voluntad será determinante.

La mencionada convención es una muestra más de que la tendencia es dar plena participación a las personas menores en el ámbito procesal. Obviamente, cuando las personas menores tengan una edad que les impida, por sí mismas, participar de forma directa, tendrá que garantizarse que sean representadas objetivamente a través de sus progenitores, cuando no haya interés contrario entre sí, o por medio de la figura de un curador procesal.

En el caso de Costa Rica estas son las posibilidades actuales, pues no se ha establecido la figura de un “defensor del menor” o “abogado del niño” como sí existe en Argentina, entre otros países. (Romani, 2009: 6).

IV. Derecho de la persona menor de edad a ser escuchada en la jurisprudencia

A manera de simples ejemplos se comentarán dos resoluciones del Tribunal de Familia. Por la naturaleza y propósito del presente artículo no es posible realizar un estudio exhaustivo de la jurisprudencia patria en este tema, lo cual tendría que ser objeto de un trabajo de investigación de alcances y naturaleza diversos a este.

- a) Voto número 882-06 de las diez horas, diez minutos del veinte de junio de dos mil seis:

Se trata de un proceso de modificación de guarda, crianza y educación, en el cual se concedió la custodia de la persona menor de edad a la madre, principalmente, por la voluntad expresada por el menor. Apela la contraparte aduciendo nulidad por tomarse la decisión con el solo dicho de la persona menor de edad. El Tribunal indicó:

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

Como se puede apreciar, se reafirma el fundamento jurídico del derecho del menor a expresar su opinión, lo cual tiene base en instrumentos de carácter internacional de naturaleza supra legal y constitucional. Además, ha de resaltarse que en el caso citado el fallo de primera instancia se tomó, primordialmente, con sustento en la manifestación de voluntad del menor, lo cual denota la fuerza, importancia y jerarquía de la participación de los menores en los procesos que les afecten.

b) Voto número 1350-08 de las trece horas, cincuenta minutos del veintidós de junio de dos mil ocho:

Se trata de un proceso de régimen de interrelación familiar en el cual se estableció la comunicación del padre con sus dos hijos, a pesar de que uno de ellos manifestó no querer compartir con aquel. La sentencia se apeló y el Tribunal decidió lo siguiente:

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

Coincidiendo con lo ya expresado líneas atrás las circunstancias de cada proceso son muy particulares, por lo que el análisis es casuístico.

Del anterior extracto se desprende que no siempre la voluntad de la persona menor de edad es la que rige en una decisión, pues esta podría ser una opinión manipulada o poco clara. En tales circunstancias el órgano jurisdiccional tendrá que sopesar las particularidades del caso y, como

en este ejemplo, hacer caso omiso de la manifestación de la persona menor de edad, siempre teniendo en cuenta el mejor interés de esta.

V. Conclusiones

Con fundamento en lo expuesto se arriba a las siguientes conclusiones:

- a) Las personas menores de edad tienen el derecho fundamental de opinar en los procesos que los afecten, así como a participar –según su madurez– en los procesos como partes con legitimación y capacidad plenas.
- b) Los derechos, garantías y principios que conforman el debido proceso se aplican de igual forma a las personas menores de edad, aunque es válido tomar en cuenta su especial condición de vulnerabilidad.
- c) El principio del interés superior de la persona menor de edad debe ser desarrollado en cada caso concreto, bajo el parámetro de que los menores de edad son sujetos titulares de derechos fundamentales y no son objetos bajo control paternal.
- d) La opinión de las personas menores de edad es fundamental para resolver los procesos administrativos o judiciales que les afecten, mas no siempre habrá que aplicar dicha voluntad, todo lo cual se valorará de conformidad con las particularidades de cada caso.
- e) En Costa Rica no existe la figura del “abogado del niño” la cual vendría a fortalecer la garantía procesal de que la persona menor de edad tiene derecho a ser escuchada y actuar en los procesos administrativos y judiciales.

VI. Bibliografía

ACNUR. "Directrices para determinar el Interés Superior del menor". Recuperado el 1/6/2010 en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7126.pdf>.

Benavides Santos, Diego. "Tendencias del proceso familiar en América Latina". 2006.

http://www.indret.com/pdf/321_es.pdf. Recuperado el 1/6/2010.

Bersi, María Laura (2007). "Los protagonistas que solían ser silenciosos. Análisis de la participación del niño en los procesos judiciales a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061". (Trabajo presentado en el seminario "Participación del niño en los procesos judiciales". Universidad de la Plata.

Burgos, Álvaro y otro. "Derecho al acceso a la justicia para personas menores de edad en condiciones de vulnerabilidad, sometidos al proceso penal juvenil en Costa Rica". Recuperado el 1/6/2010 en:

http://www.poderjudicial.go.cr:81/cumbre/images/acciones_concretas/ninas_ninos_y_adolescentes/Propuesta%20%20acceso%20justicia%20materia%20Penal%20Juvenil.pdf.

Cillero Bruñol, Miguel (2001). "El Interés Superior del Niño, en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". En: *Antología Derechos de la Niñez y la Adolescencia*. San José, Costa Rica: Conamaj, UNICEF.

Dagdug Kalife, Alfredo. "Aspectos procesales de los menores infractores". Recuperado el 1/6/2010 en: [http://ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa4/124s.pdf](http://ij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa4/124s.pdf).

González Perret, Diana. "La participación de los/las niños y adolescentes en los procesos de familia". Recuperado el 1/6/2010 en:

http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura24.participacion.pdf.

Herrera, Marisa et ál (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora.

Romani, Melania. "El abogado del niño". Recuperado el 1/6/2010 en: <http://www.calp.org.ar/Info/producciones/becas/respahi.pdf>.

VII. Resoluciones

Opinión consultiva Corte Interamericana de Justicia, número OC-17/2002 del veintiocho de agosto de dos mil dos.

Tribunal de Familia .Voto número 882-06 de las diez horas, diez minutos del veinte de junio de dos mil seis.

Tribunal de Familia. Voto número 1350-08 de las trece horas, cincuenta minutos del veintidós de junio de dos mil ocho.

L A AUTORIDAD PARENTAL Y REFORMAS NECESARIAS EN LA LEGISLACIÓN FAMILIAR A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Judy Campos Gutiérrez**

Sumario

I. Conceptos básicos. a. Autoridad parental. b. Responsabilidad parental. II. Protección a las personas menores de edad. a. Normativa internacional. a. i. Convención de los Derechos del Niño. b. Ley interna. b.i. Código de la Niñez y la Adolescencia. b.ii. La autoridad parental en el Código de Familia. c. Ley N.º 168 del 1º de agosto del 2008. III. La persona menor de edad en la familia. IV. Límites a la autoridad parental. a. La intervención del Estado (Patronato Nacional de la Infancia) en la función parental. b. La prohibición del castigo físico como práctica de crianza. V. Propuestas de reforma al Código de Familia sobre responsabilidad parental.

Resumen

Este es un esbozo general de cómo ha evolucionado el instituto de la autoridad parental desde sus orígenes a la actualidad, centrándose en los cambios introducidos a partir de la Convención de los Derechos del Niño, que marcó una diferencia sustancial en el tratamiento de los Derechos de la persona menor de edad, en adelante (PME) especialmente por el reconocimiento de sus derechos como persona humana con dignidad propia en proceso de formación y desarrollo.

Se enfatiza la función que cumple la familia o las familias en el proceso de desarrollo de las PME, la función del Estado y la sociedad, en cuanto a la imposición de límites a este desempeño en beneficio del mejor interés de los niños, niñas y adolescentes, pues les compete a las personas responsables de la PME, brindarle las condiciones adecuadas para su desarrollo integral, y que conforme a su capacidad progresiva pueda ir disfrutando a plenitud de los derechos fundamentales que, como tal, tiene; siendo el Estado garante de que estas condiciones puedan darse.

* Realizado por Judith Campos Gutiérrez. Jueza de Familia. M. Sc. en Administración de Justicia con énfasis en Relaciones Familiares.

I. Conceptos básicos

a. Autoridad parental

El concepto de autoridad parental es uno de los institutos jurídicos que más ha evolucionado a través de la historia, data desde el derecho romano, y en su desarrollo ha ido teniendo ajustes significativos que han marcado un cambio sustancial entre lo que se concibió originariamente como tal y la conceptualización que se le da en la actualidad. La evolución se denota en la forma de ejercerse la facultad, en los derechos y obligaciones que implica. Para el autor Guillermo Borda, la autoridad paterna es tan vieja como la sociedad humana y tiene su origen en la propia naturaleza.

En el derecho romano primitivo el Pater Familia tenía sobre sus hijos poder de vida y muerte; podía pignorarlos, alquilarlos, venderlos, disponer de sus bienes, tenía derecho de juzgarlos y condenarlos en JUDITIA PRIVATA. Las potestades del padre subsistían hasta su muerte, cualquiera que fuera la edad de los hijos.

Estos poderes se fueron atenuando paulatinamente, primero con la intervención de magistrados y censores que refrendaban los abusos, más tarde con leyes que castigaban la muerte o exposición de los recién nacidos, prohibieron la venta de los hijos... La iglesia tuvo una marcada influencia en esta dulcificación del sistema, pues miraba la patria potestad más bien del ángulo del interés de los hijos..."²

En el siglo XX, se consideró como un conjunto de derechos y deberes que tienen ambos padres para educar, criar, orientar, proteger, representar a sus hijos y administrar sus bienes. Es decir, se extiende la participación a la figura materna y se establece que el instituto se crea en beneficio de los hijos menores de edad.

Estos cambios según lo señala Cárdenas Camacho, obedecen a diversos factores, entre los principales están el proceso de integración de la mujer en la vida económica y política y el desenvolvimiento de las instituciones y órganos para la atención de la infancia, lo cual ha venido a revertir la orientación patriarcal que tuvo la patria potestad en su origen."³

La terminología autoridad parental, sin embargo, a pesar de dar la idea de que se trata de un ejercicio democrático, al comportar una actividad conjunta de ambos padres, tampoco es un término feliz porque se sigue aludiendo a un poder de los padres sobre los hijos y más que eso es un deber, una responsabilidad, de brindarles ese acompañamiento necesario hasta que alcancen su pleno desarrollo.

b. Responsabilidad parental

La autora argentina, Marissa Herrera es una de las que trata el tema de responsabilidad parental, como término más acorde con la función que realizan los padres, madres, encargadas o encargados, que es orientadora, de acompañamiento y apoyo a los hijos, hijas, o personas menores de edad de quienes se es responsable, en el proceso de su paso hacia la edad adulta. Así, refiriéndose a la función parental señala:

Tratándose de un término muy enraizado en la cultura jurídica actual, la mayoría de los trabajos doctrinales y jurisprudenciales referidos a los derechos-deberes de los padres hacia sus hijos aluden al contexto de "patria potestad" (...) entiendo pertinente reemplazar este concepto tradicional, conservador y naturalizado de patria potestad por el de "responsabilidad parental."⁴

La Convención de los Derechos del Niño, (niña) fue aprobada en el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de la ONU, y firmada por Costa Rica el 26 de enero de 1990, entró a regir en nuestro país el 18 de julio de 1990. De acuerdo con esta Convención, **la responsabilidad de los padres es definida desde el mejor interés de los menores**, así se señala en el artículo 18:

-
2. Borda, Guillermo (2000). Tratado de Derecho Civil. Séptima edición. Buenos Aires: Editorial Perrot, pp. 187-188.
 3. Cárdenas Camacho, Eduardo (2005). Alcances de la Patria Potestad. Congreso Internacional de Derecho de Familia. México.
 4. Herrera, Marissa (2008). El Derecho a la identidad en la Adopción. Buenos Aires: Editorial Universidad, pp. 181-182.

El eje rector que debe mover a los padres, madres, encargadas o encargados de las personas menores de edad, así como al Estado, tratándose de este tema, es el interés superior de las personas menores de edad, garantizar que su bienestar sea posible. En este papel el Estado tiene una importante cuota de responsabilidad. Los padres, madres, encargados o encargadas de las personas menores de edad tienen la importante misión de prepararlos, orientarlos para el uso de su libertad dentro de la sociedad, y de los demás derechos de la personalidad en forma responsable, sin hacerse daño a sí mismos ni a las demás personas, con los límites que el propio ordenamiento impone. El Estado, desde una posición de garante, debe crear las condiciones, a través de las instituciones, para que esa iniciativa sea posible en la realidad.

Desde una perspectiva de derechos humanos, un poder sobre otra persona, en este caso sobre los hijos e hijas, o de la PME que se tiene a cargo no existe, se tiene el deber de criarlos, de formarlos y brindarles las mejores condiciones para su desarrollo integral. A su vez la responsabilidad que se ejerce implica que el hijo o hija debe respeto y obediencia al padre y madre o a quien lo tenga a su cargo, pero ello en sí no es una relación de subordinación, porque el hijo o la hija, no es menos que los padres o sus encargados, es persona plena, con todos los derechos que tiene un adulto, aunque no los disfrute todos desde ya, por el proceso de desarrollo en que está inmerso.

Por todo lo anterior, desde una visión de derechos humanos, resulta más acorde con la realidad hablar de responsabilidad parental, antes que de autoridad parental, y visualizar ese desempeño como una función social, más que un derecho-deber; y porque no debe perderse de vista que también existe un interés público, debido a que le interesa al Estado, y a la sociedad en general, que sus futuros ciudadanos sean personas competentes socialmente y que logren el desarrollo pleno de todas sus aptitudes y capacidades.

Responsabilidad parental, desde esta nueva perspectiva alude al ejercicio que realizan los padres, madres y encargadas y encargados, en condiciones de igualdad y en consulta con sus hijos menores de edad, de brindarles protección y acompañamiento, hasta que alcancen su autonomía. Una función similar se debe ejercer en relación con los hijos adultos declarados en estado de discapacidad mental, a quienes los padres brindarán ese acompañamiento mientras persista ese estado, y en la medida en que las condiciones personales del hijo o la hija lo requieran, procurándose, en la medida de las posibilidades, que el hijo o la hija disfrute

5. Benavides, Diego (2003). *Convención de los Derechos de los Niños*, en *Código de la Niñez y Adolescencia*: concordado. 2ª edición. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, p. 167.

de su capacidad jurídica; es decir, participe en la toma de decisiones en los asuntos que le conciernen, conforme su estado de salud y comprensión de la realidad lo permitan con las salvaguardias adecuadas, de manera que se permita al discapacitado mental el ejercicio de su personalidad jurídica.⁶ Lo cual se hace ver, por cuanto también debe hacerse una reforma en la legislación interna en relación con el ejercicio de la autonomía a este grupo de personas, aunque ello ya sería tema par otro ensayo.

II. Protección a las personas menores de edad

a. Normativa internacional

Esta visión protectora de la persona menor de edad se inicia con la Declaración Universal de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, que en su principio 2 establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al formular leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el Interés Superior del Niño.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948, se dispone: "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales".

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, establece en el artículo 19 : "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, del 17 de noviembre de 1988, regula, en el artículo 15, el derecho a la constitución y protección de la familia sin discriminación alguna. Como efecto directo de la protección estatal e internacional de la familia se reconocen, también, los derechos de la niñez, garantizando a estas personas medidas de

protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado, para que el niño o niña crezca al lado de una familia que puede ser la suya según su origen, u otra sustituta que cumpla la misma función.

En términos similares, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, establece en el artículo 24, literal 1:

Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Todo este marco normativo internacional sugiere que desde antes de la Convención de los Derechos del Niño (a) se regularon, a nivel internacional, normas tendentes a la protección de los niños incluso existía, desde la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el principio del interés superior del menor, pero es con la Convención de los Derechos del niño que se consolida, se le da contenido real y se establecen verdaderos cambios a nivel estructural sobre el tratamiento de los derechos de la niñez.

a. i. Convención de los Derechos del Niño (a)

La Convención de los derechos del Niño (a), suscrita en la Organización de Naciones Unidas en 1989, y por Costa Rica en enero de 1990, ratificada por ley de la República el 12 de julio de ese año, tiene como finalidad primordial la tutela de los derechos de los niños y las niñas, en procura de su mayor bienestar. Se regula en la esta que los Estados parte están por encima de los padres, madres, encargadas y encargados de la persona menor de edad, siendo garantes de sus derechos, para lo cual tendrán la potestad de intervenir, si los encargados de los niños o niñas no ejercen correctamente sus funciones.

-
6. Esta convención en su artículo 12 regula el igual reconocimiento como persona ante la ley de las personas que presentan algún tipo de discapacidad, para que ejerzan su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas en todos los aspectos de la vida, con las salvaguardias adecuadas.

Este instrumento internacional parte de que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, y dado que todas las personas sin distinción alguna tienen derecho al disfrute de los derechos humanos y que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.⁷

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (a), cambia fundamentalmente la ideología de la normativa existente en materia de protección de los menores. Así se establece:

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

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional.”⁸

Con esta convención se vino a cambiar el paradigma con respecto al tratamiento que debía darse en todo lo relacionado con la materia de menores, pues a partir de la promulgación de este instrumento, necesariamente debe escucharse la opinión del niño y de la niña en todo procedimiento administrativo o judicial que le afecte. Debe garantizársele que su opinión será tomada en cuenta, lo que no quiere decir que deba resolverse con base en lo que la persona menor de edad quiera sino que se resolverá lo que resulte más conveniente para el niño o la

7. Benavides Santos, Diego (2003). Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, en Código de la Niñez y Adolescencia. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, p. 156.

8. Benavides Santos, Diego. Convención de los Derechos del Niño en Código de la Niñez y la Adolescencia. Op cit., p.164

9. Ibídem, p. 159.

niña, pero debe oírse y valorarse su opinión, especialmente, cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio.

Establece el artículo 03 de la Convención:

En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración especial a que se atenderá será el interés superior del niño...¹⁹

Lo anterior implica que la persona menor de edad conforme a la gradualidad de sus capacidades evolutivas tiene el derecho de manifestarse y expresar su opinión en temas que le afectan directamente, sea ante las autoridades o en su propia familia Inclusive de manera que se haga un ejercicio democrático de la responsabilidad parental.

b. Ley interna

b. i. Código de la Niñez y la Adolescencia

Costa Rica suscribió la Convención de los Derechos de los Niños, en enero de 1990, y promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia, como parte de la legislación interna que vendría a desarrollar los principios y contenidos en ese instrumento internacional, así mediante la Ley 7739, el 06 de febrero del año 1998 se puso en vigencia el Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual vino a marcar una pauta importante en la legislación protectora de las personas menores de edad, desde la óptica del respeto de los derechos humanos.

Se destaca en la exposición de motivos de este código:

La ratificación de la Convención exige el replanteamiento conceptual y estructural de lo que deberán ser las relaciones entre los adultos y los niños y adolescentes en el nuevo siglo, en una sociedad que parte del reconocimiento de la condición especial de la niñez y adolescencia como seres humanos en desarrollo, con especiales necesidades y carencias, pero con los derechos y responsabilidades inherentes a todo ser humano.¹⁰

Es decir, se pasa de la situación irregular a la protección integral, o sea, de aquella situación en que prevalecía el poder absoluto de los padres se pasa a una etapa en que se reconoce a la PME como titular de derechos y obligaciones, y en el proceso de la consecución de su autonomía va a contar con la orientación, la protección y el acompañamiento de sus padres o encargados.

En virtud de lo anterior, se dice que:

El cambio de paradigma no es solo estructural, sino fundamentalmente ético y conceptual y constituye un marco normativo que armoniza el juego de los distintos intereses sociales y a su vez marca el derrotero de las políticas públicas relacionadas con el sector de la niñez y la adolescencia.”¹¹

En otros términos, este cambio implica no solo el reconocimiento en la ley sino, también, al tomar decisiones las autoridades, si ya el niño, la niña o adolescente tiene madurez suficiente para emitir un juicio propio, debe tomarse en cuenta su opinión en la decisión de cualquier asunto que le afecte y esto, a su vez, debe reflejarse a nivel cultural, pues la sociedad toda debe cambiar a fin de adaptar esta nueva visión a las prácticas de crianza que se realizan en el seno de las familias, sobre la concepción de las personas menores de edad, acorde con los derechos fundamentales y, por supuesto, también a nivel jurisdiccional.

En el marco de la familia, el paradigma de la protección integral propone una nueva concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno filial de modo de garantizar que la función formativa de los progenitores se lleve a cabo en el marco de una interacción entre las personas adultas y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de representación y control ilimitados por parte de sus padres.”¹²

10. Benavides Santos, Diego. Exposición de Motivos del Código de la Niñez y Adolescencia en Código de la Niñez y la Adolescencia. Op. cit., p. 131.

11. Ibídem, p. 133.

12. Grosman, Cecilia (1993). Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño. Buenos Aires: Editorial Universidad, p 1098.

Lo anterior implica que los progenitores, encargadas o encargados deben preparar a sus hijos e hijas, o PME a su cargo para que puedan desenvolverse en la sociedad, para que gocen de sus derechos con responsabilidad, para ello deben fomentarle valores y brindarles el apoyo necesario para que puedan desarrollar al máximo sus potencialidades y la forma de crianza debe ser democrática. Es decir, implica la participación de la PME, conjuntamente con los padres, encargadas o encargados, en la toma de decisiones de los asuntos que le afecten.

b. ii. La autoridad parental en el Código de Familia

Se regula en el Código de Familia de 1973, en los artículos que van del 140 al 163, todo lo relativo al contenido de la autoridad parental, las facultades y obligaciones que conlleva su ejercicio, situaciones de conflicto, el ejercicio de la administración de los bienes de los menores y su representación. Con la visión de derechos humanos, lo relativo a la administración de los bienes de las PME y su representación cambia diametralmente, no solo cuando se entra en conflicto con sus representantes sino cuando se estima que tienen madurez suficiente para administrar sus bienes; también, por consiguiente, cambia la visión del ejercicio de la autoridad o responsabilidad parental.

c. Ley N.º 168 del 1º de agosto del 2008

El primero de agosto del dos mil ocho, mediante la Ley N.º 168, se decreta en Costa Rica la ley que regula los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante. Esta ley vino a modificar normas que regulaban el ejercicio de la autoridad parental, en el Código de la Niñez y la Adolescencia y en el Código de Familia.

El Código de Familia de Costa Rica, en su artículo 143, se pronunciaba sobre el tema; sin embargo, no establecía el castigo físico pero tampoco lo prohibía. La norma tan solo señalaba: "La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada corregir al hijo..." Sin embargo, se entendía que estaba autorizado el castigo físico como pauta de disciplina si este era moderado; esto es lo que la autora costarricense Alda Facio, hablando del sentido amplio del derecho denomina componente cultural, pues la norma no dice eso, pero así se le interpreta tanto por la gente común, como por la misma estructura judicial. Lo anterior es así por el fuerte componente patriarcal que predomina en la sociedad, por la misma razón los jueces rehusaban con esa normativa suspender o terminar la autoridad parental, en casos de los mal llamados "castigos moderados". Con la reforma introducida en la ley está claro que tales castigos están prohibidos y su práctica constituye el delito de abuso de patria potestad.

III. La persona menor de edad en la familia

En la Constitución Política de Costa Rica, artículo 51, se establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y el Estado debe protegerla, asimismo se señala, en el artículo 52, que el matrimonio es la base esencial de la familia y que los cónyuges tienen iguales derechos.

La familia en realidad es una construcción social que evoluciona según la época histórica. Por no ser estática, ha sido y es de muy diferentes formas. Hoy, vemos que la familia nuclear, conformada por los padres y sus hijos, podría decirse es la tradicional, pero no es la única forma de familia que existe. Así, tenemos familias monoparentales, que son las constituidas por uno solo de los padres y sus hijos e hijas; la familia sin hijos. También se tiene la familia reconstruida o ensamblada, es la que se forma a partir de segunda o más uniones; es decir, después de un divorcio, y donde alguno o los dos cónyuges tiene hijos de una relación anterior, a su vez procrean en la nueva relación. Coexiste también la familia formada de manera consensual, donde se han unido por acuerdo mutuo, sin que medie un matrimonio. Por ello resulta más apropiado hablar de las familias.

Las familias constituyen una totalidad organizada e interdependiente que cumple funciones vitales muy importantes para sus miembros, entre ellas, cabe destacar la regulación de la actividad sexual, la reproducción, la socialización de los hijos e hijas y la función económica de organización humana. Se ha prohibido el incesto, así en las diferentes culturas se ha tenido como una de las prohibiciones para contraer matrimonio. De estas funciones quizá la más importante, para este análisis, es la función socializadora de los hijos, pues este grupo es el primer ente socializador del ser humano, donde se le procuran los cuidados básicos, se les provee de alimentos, se les enseña los valores, las normas, las creencias, las tradiciones, el idioma y la cultura, y la educación no formal; también, se cumple una función económica, consistente en la provisión para la supervivencia del núcleo.

IV. Límites a la autoridad parental

Las facultades derivadas de la responsabilidad parental no son ilimitadas sino que los padres, madres encargados y encargadas, están sujetos al ordenamiento jurídico, esto implica que el Estado, mediante el sistema normativo, regula ese ejercicio a fin de garantizar a las PME que ese ejercicio no va a ser abusivo, teniendo como norte el mejor interés de los niños y las niñas, en relación con el interés público que hay de por medio, en razón de la función socializadora que se ejerce en el seno de las familias.

En lo que respecta a la responsabilidad parental debe tenerse claro que el artículo 19 de la Convención sobre los derechos del Niño (a), regula el uso de las facultades y obligaciones que confiere la responsabilidad parental y sanciona el abuso. Así en lo que interesa dispone:

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo...

En consecuencia, en estos supuestos, el Estado tiene potestad de intervenir en representación y defensa de los intereses de la PME. En Costa Rica, esa función se le ha encargado al Patronato Nacional de la Infancia, institución a la que se le ha asignado como objetivo básico proteger, especialmente y en forma integral, a las PME y sus familias.¹³ Por consiguiente, si los padres, madres, encargadas o encargados de las PME ejercen inadecuadamente su rol parental, el Estado está en la obligación de intervenir en procura del mejor bienestar para el niño, niña y adolescente, es así como en el ordenamiento se regulan supuestos en que se suspende o termina la autoridad parental.

a. La intervención del Estado (Patronato Nacional de la Infancia) en la función parental

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (a), regula la no separación de los hijos e hijas del padre, madre, encargado o encargada, sin embargo prevé una excepción, y esta es cuando autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y procedimientos aplicables que tal separación es necesaria para la PME, desde su mejor interés, esto ocurre en los supuestos de maltrato, descuido o negligencia por parte de los padres y abuso paterno.

En el caso particular de Costa Rica, estos supuestos dan lugar a la intervención del Patronato Nacional de la Infancia, órgano del Estado que se encarga de la niñez desprotegida; o según sea el caso, de los tribunales de Justicia, en los procesos de guarda crianza y suspensión o terminación de la patria potestad, que se tramitan en los juzgados de familia; y, en los de prórroga de la medida de protección dictada en sede administrativa que le compete al Juzgado de Niñez en el área metropolitana, y en las provincias a los juzgados de Familia.

El artículo 55 de la Constitución Política regula: “La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de otras instituciones del Estado”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), N.º 7648 del 30 de abril de 1996, señala:

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

En tal sentido, entre los principios que inspiran el funcionamiento de esta institución, tenemos que se regula en el artículo 2 d): “la protección integral de la infancia y la adolescencia, así como el reconocimiento de sus derechos y garantías establecidos en la Constitución Política, las normas de derecho internacional y las leyes atinentes a la materia”.

Tomando en cuenta las normas internacionales contempladas en la Convención sobre los derechos del Niño (a), y el Código de la Niñez y Adolescencia, el PANI está facultado para dictar medidas administrativas para proteger a las PME e incluso sustraerlas del ámbito de la familia, si esta fuera la única alternativa, para evitarle un mal mayor o para restituirla en el goce de los derechos que le hubiesen sido vulnerados, mientras la autoridad jurisdiccional resuelve en definitiva un conflicto determinado. Lo anterior se hace mediante las medidas de protección en sede administrativa, que se realizan según el procedimiento especial previsto en los artículos 129 a 140 del Código de la Niñez y Adolescencia. También, tiene dentro de sus finalidades el brindar orientación a los padres y madres en cuanto a la mejor forma de ejercer el rol parental, pues en primera instancia y en consonancia con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño (a) se debe procurar no separar al niño o niña de su familia, por lo cual no siempre la salida a un conflicto será el dictar una medida de protección en sede administrativa para sustraer al menor de la custodia de sus padres y madres y darlos, provisionalmente, a otro miembro de la familia que le brinde apoyo y ejerza el rol de guardador y referente afectivo, o internarlos en albergues de la institución sino que válidamente, según sea el conflicto familiar, puede resolverse mediante orientación y órdenes concretas a los padres que se dictan en protección de la persona menor de edad.

El Estado costarricense en consonancia con los compromisos contraídos a nivel internacional al ratificar convenios internacionales de protección a la niñez, y de abolición de la violencia

intrafamiliar, en acatamiento a sus disposiciones, promulgó la Ley N.º 168 del 1º de agosto del 2008, que protege a la persona menor de edad contra un ejercicio abusivo de la función parental de parte de los progenitores y obliga a que los juzgadores se pronuncien en sus fallos respetando este marco jurídico de protección a los derechos humanos de la PME.

Por la forma patriarcal en que se ha socializado a la población costarricense, con predominio adultocéntrico, se ha creído que los padres y madres tienen la potestad de corregir mediante el castigo e incluso el Código de Familia (artículo 143) hasta hace poco hablaba de “corregir en forma moderada a los hijos”, lo que en la generalidad de los casos se interpretaba como una permisión para castigar “moderadamente” y ahora con la promulgación de la Ley 168, de cita, estas prácticas se eliminan y según la magnitud del castigo podrían llegar a constituir hasta una acción delictiva. Debe ofrecerse entonces alternativas de crianza, y fortalecer a los padres y madres en el ejercicio de su rol, informándoles de otros medios educativos más eficaces que sin violencia consiguen la formación adecuada de los hijos e hijas.

b. Prohibición del castigo físico como práctica de crianza en la Ley N.º 168

Dentro de la exposición de motivos de esta ley se consideró que si la mayoría de los padres y madres quieren que sus hijos e hijas sean felices y logren lo que se proponen en la vida, deben ser conscientes de que en la familia es donde primeramente se les socializa, quienes aprenden del ejemplo de sus padres, de las prácticas de crianza que les imparten en cuanto al establecimiento de límites y reglas de convivencia, la comunicación asertiva y el vínculo afectivo entre ellos.

Se señala en esa exposición de motivos, que debe procurarse un punto de equilibrio en las prácticas de orientación y disciplina de los hijos e hijas pues no puede ser ni abusiva ni tampoco demasiado permisiva, porque ninguna de las dos propicia el desarrollo integral de la PME, pues con esos patrones de crianza se afecta la autoestima de los niños y de las niñas y con la visión de derechos humanos prima el derecho a crecer en un ambiente libre de violencia, y el respeto a la dignidad humana.

La reforma que se introduce con la Ley N.º 168, de cita, establece en el artículo 1:

Adiciónase al capítulo II del Código de la Niñez y la Adolescencia, el artículo 24 bis, cuyo texto dice:

Artículo 24 bis. Derecho a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a recibir orientación, educación, cuidado y disciplina de su madre, su padre o los responsables de la guarda y crianza, así como de los encargados y el personal de los centros educativos, de salud, de cuidado, penales juveniles o de cualquier otra índole, sin que, en modo alguno, se autorice a estos el uso del castigo corporal ni el trato humillante.

El Patronato Nacional de la Infancia coordinará, con las distintas instancias del Sistema Nacional de Protección Integral y las organizaciones no gubernamentales, la promoción y ejecución de políticas públicas que incluyan programas y proyectos formativos para el ejercicio de una responsabilidad parental respetuosa de la integridad física y la dignidad de las personas menores de edad. Asimismo, fomentará en los niños, niñas y adolescentes, el respeto a sus padres, madres y personas encargadas de la guarda crianza.

El artículo 24 del Código de la Niñez y Adolescencia establece el derecho a la integridad, este comprende tanto la física como la moral y psicológica, derechos que tiene la persona menor de edad, que corresponde promover a los padres o encargados, a fin de asegurar que el niño o la niña no sufran ningún menoscabo en su derecho a la imagen, a su identidad, a su autonomía, en su pensamiento, dignidad y valores. Ahora con la reforma del 24 bis, se efectiviza la protección integral de la persona menor de edad, pues se establece expresamente que los encargados de los menores, tendrán derecho a cuidarlos, disciplinarlos, orientarlos, procurando el desarrollo de su personalidad, sin utilizar el castigo físico ni proferir tratos humillantes.

El artículo 2 de la ley de comentario establece:

Refórmese el artículo 143 del Código de Familia.

Artículo 143. Autoridad parental y representación. Derechos y deberes

La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso, el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad. Con esta reforma cumple el Estado costarricense con los compromisos contraídos al ratificar la Convención de los derechos del Niño y de la Niña, que prohíbe el castigo físico y trato abusivo.

Lo anterior implica que las prácticas de crianza de los padres deben procurarse desde una perspectiva más integral y respetuosa de la dignidad humana, de manera que los padres, madres o encargados sean figuras de apoyo para las PME en su proceso de desarrollo y paso

hacia su autonomía, queda prohibido todo trato humillante y abusivo. Por ende son causales para la suspensión y la terminación de la responsabilidad parental, el trato cruel o degradante y abusivo; que se regula en el artículo 159 de Código Familia, según la redacción actual comprendidas dentro de lo que se regula como abuso del poder paterno, por lo que con la ley 168 de cita, se vino a derogar implícitamente toda forma de castigo moderado.

V. Propuestas de reforma al Código de Familia sobre la responsabilidad parental

Dada la transformación que ha sufrido la familia en la época actual, considerando el desarrollo de los derechos humanos en la actualidad, que han transversalizado las diferentes instituciones del Derecho, las relaciones familiares se ven influenciadas por ese eje fundamental que son los derechos humanos, por ende, a manera de conclusión, no puede dejar de señalarse que se requieren cambios urgentes en la legislación familiar sobre el tema de la autoridad parental, a fin de estar acorde con la normativa internacional que regula la materia.

Considerando a su vez, que según la Convención sobre los Derechos de los Niños y de las Niñas, estas personas tienen derecho a crecer en un ambiente de felicidad, de manera que puedan desarrollar sus potencialidades y formar su personalidad con el mayor respeto a su dignidad de persona humana. Se estima necesario plantear las siguientes reformas a la legislación de familia, en relación con la función que ejercen los padres, madres o encargados o encargadas de las personas menores de edad, durante su crianza y desarrollo para que las leyes que se establezcan sean respetuosas de los derechos humanos de las PME. En tal sentido, se sugiere que a partir del título III, capítulo I, artículos 140 y siguientes del Código de Familia de la República de Costa Rica se debe sustituir la terminología de autoridad parental, patria potestad, por el de responsabilidad parental, en relación con el deber de cuidado y atención de la persona menor de edad, debido a que actualmente se conceptualiza no como una facultad de los padres y madres derivada del Derecho Natural sino como una función que les compete, no solo a ellos sino también a todas aquellas personas a quienes se les asigna esa función de cuidado y protección de las PME, como encargados, tal como sucede con los tutores, familia ampliada de la persona menor de edad, padres y madres de hogares sustitutos, a la sociedad misma y al Estado como garante del respeto y cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia.

Es importante definir que en el Código de Familia vigente se establezca cuál es la naturaleza de la responsabilidad parental y se consigne esta como una función social que se les confiere a los padres, madres, encargadas o encargados, en relación con sus hijos e hijas menores de edad y no como un derecho de los adultos, porque esta función social debe verse en consonancia con la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños, a las niñas y adolescentes,

como personas en formación que requieren del acompañamiento y orientación de parte de sus progenitores y encargados.

Otro de los aspectos que se sugiere modificar es el de la administración de sus bienes por parte de la PME, siempre que cuente con una capacidad progresiva que le permita tener la madurez suficiente, podrá administrar sus bienes, y solo por vía de excepción, o porque así lo solicite la persona menor de edad los administrarán los padres o madres. Lo anterior, porque actualmente solo se permite en el caso que se trate de bienes heredados u obtenidos con el propio trabajo de la persona menor de edad, pero desde una perspectiva garante de derechos no existe razón para hacer esa diferencia.

En cuanto al ejercicio de la responsabilidad parental por parte de la madre mayor de 15 años, se sugiere una reforma en el siguiente sentido: "aún cuando fuere menor de edad, ejercerá la responsabilidad parental sobre los hijos e hijas y tendrá plena personería para esos efectos, de acuerdo con sus capacidades evolutivas y maduracionales. Igual situación aplica para la representación legal y administración de los bienes de la persona menor de edad, hija o hijo de una madre menor de quince años; salvo que conforme a su capacidad progresiva se demuestre que no tiene la madurez suficiente para ejercerla por sí misma, en cuyo caso serán los padres de la madre adolescente quienes asumirán ese ejercicio. El tribunal puede, en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente el interés de las personas menores de edad, conferir la responsabilidad parental a la madre conjuntamente con el padre.

En cuanto a causas para **terminar la responsabilidad parental** además del matrimonio, la mayoría de edad y la muerte de quienes la ejercen, la incapacidad irreversible o la ausencia declarada judicialmente, del padre, la madre o la persona guardadora, se sugieren:

- a) Cuando la persona menor de edad haya sido objeto, por parte del padre, la madre o sus guardadores, de cualquiera de los delitos contra la integridad física y sexual que se tipifiquen en el Código Penal u otras leyes.
- b) El uso indebido y habitual de drogas u otras sustancias estupefacientes que torne imposible la convivencia y el sano ejercicio de los deberes y facultades en relación con los hijos e hijas, o personas menores de edad a su cargo, cuando habiendo sido suspendido de esa facultad no se demuestre haber modificado la actitud o el comportamiento inadecuado en el plazo otorgado en la sentencia de suspensión de la responsabilidad parental respecto del hijo, la hija o la PME a su cargo. Es decir, cuando no haya posibilidad

de rehabilitación o cuando dicha conducta haya causado un daño grave a la persona menor de edad.

En relación con las causas para suspender la responsabilidad parental, se estima que se podrían plantear las siguientes causales:

- a) El estado de vulnerabilidad en que se encuentre el hijo, la hija, o la persona menor de edad, producto del ejercicio inadecuado de la función parental a cargo de padre, madre o personas guardadoras.
- b) La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas u otras sustancias estupefacientes, el hábito de juego en forma que perjudique el patrimonio de la familia.
- c) El castigo físico y trato humillante que el padre, la madre o la persona guardadora dieran a sus hijos e hijas y a las personas menores de edad a su cargo; así como el incumplimiento de los deberes familiares.

Sobre la declaratoria de vulnerabilidad con fines de dar en adopción

En lo relacionado a las personas menores de edad en estado de vulnerabilidad, ocasionado por la negligencia de los padres o madres, que amerita la intervención del PANI, con miras a que la PME sea adoptada se sugiere:

Las personas menores de edad declaradas judicialmente en estado de vulnerabilidad, serán puestas bajo la custodia del Patronato Nacional de la Infancia que tendrá su representación legal, asumirá el cuidado personal y guarda de las PME, o lo asignará a una familia idónea, de ser posible dentro de la familia ampliada o, en su defecto, en terceros que califiquen para esta función, en forma provisional, mientras se decide jurisdiccionalmente lo que corresponda, ya sea concederle un plazo determinado máximo de seis meses a los padres o encargados de las PME para que rectifiquen la conducta que ocasionó esta declaratoria de estado de vulnerabilidad o, en su caso, terminar la responsabilidad parental, con fines de adopción.

Bibliografía

Azpiri, Jorge (2006). *Juicios de Filiación y Patria Potestad*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hamurabi.

Benavides, Diego (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. San José, Costa Rica.

Editorial Juritexto.

Benavides Santos, Diego (2000). *Código de Familia anotado y concordado*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

Borda, Guillermo (2000). *Tratado de Derecho Civil. Séptima edición*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Cárdenas Camacho, Alejandro (2005). *Alcances de la Patria Potestad*. Congreso Internacional de Derecho de Familia. México.

Herrera, Marissa (2008). *El Derecho a la identidad en la Adopción*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Gil Domínguez, Andrés y otros. *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ediar, sociedad anónima editora.

Grosman, Cecilia (1993). *Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

_____. (1998). *Los Derechos del Niño en la Familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

Weinberg, Inés (2002). *Convención Sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires, Argentina. Rubinzabal-Culzoni Editores.

María José, Rabazo Méndez (1999). *Interacción familiar, competencia socio-escolar y comportamiento disocial en el adolescente*. Tesis Doctoral. Facultad de Educación. Departamento de Psicología y Sociología de la Educación. Universidad de Extremadura, España.

Fernández Sessarego, Carlos (1992). *Derecho a la Identidad Personal*. (Artículo de trabajo en clase, curso de maestría). Editorial Astrea.

Martínez González, Raquel (14 febrero 2008). *Educación Emocional y en Valores*. Jornada sobre "Familia, escuela y sociedad: el reto de la convivencia" Madrid. En:

<http://www.savethechildren.es/castigo/guia.htm> Proyecto de ley abolición del castigo físico niños, niñas y adolescentes



EL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR DE EDAD EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE RESTITUCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD: CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Andrea Ramírez Solano

Sumario

I. Antecedentes. II. La consideración de la opinión del niño. III. Edad del niño, niña y adolescente y la consideración de su opinión. IV. Interés superior de la persona menor de edad y los convenios sobre sustracción internacional de menores. V. Jurisprudencia. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. Antecedentes

El principio del interés superior del niño fue establecido de manera expresa dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Declaración de Derechos del Niño en 1959, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo principio 2 estableció:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración a que se atenderá será el "interés superior del niño."¹

Dentro del Derecho de la Familia la formulación del principio del interés superior del niño implicó un avance significativo, en cuanto ya los hijos no son una mera extensión del poder de los padres, especialmente del padre llegando a tener intereses propios que deben ser tutelados, prevaleciendo incluso sobre los derechos de los padres. El gran cambio

que se da a partir de la convención de derechos del niño en esta materia es la atribución del carácter del sujeto de derecho al niño cuya opinión debe ser oída para determinar qué es lo más conveniente para sus intereses, debiendo tener un peso fundamental dependiendo de su edad y su madurez.²

Esta conceptualización que estamos desarrollando también cuenta con amparo legal en nuestra legislación costarricense, por lo que vemos entonces que en el artículo 5 del Código de la Niñez y Adolescencia refiere

Artículo 5: Interés superior.

Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

La determinación del interés superior deberá considerar:

- a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.
- b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.
- d) La correspondencia entre el interés individual y el social.³

-
1. Llobet Rodríguez, Javier (2008). *Derecho Procesal de Familia*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 208.
 2. *Ibíd.*, p. 211.
 3. Benavides Santos, Diego (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia: concordado, actualizado y con índice alfabético*. 2º edición actualizada. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, art. 5.
 4. Tribunal Superior de Familia. Voto N.º 1538-2007, de las 10:30 horas del 1 de noviembre de 2007. Considerando IV.
 5. Tribunal Superior de Familia. Voto N.º 185-00 09:10 horas del 16 de febrero de 2000. Considerando IV.

II. La consideración de la opinión del niño

El hecho de que los niños, niñas y adolescentes tengan que ser escuchados y consideradas sus opiniones, de acuerdo con su edad y madurez, sienta un principio fundamental, de modo que se les reconoce su carácter de sujetos y no de meros objetos de protección. El derecho a ser escuchados y a que se tome en consideración su opinión supone una nueva forma de estructuración de la familia, la que no debe funcionar de manera autoritaria sino a través del diálogo entre padres e hijos.

Todo ello implica también un proceso de humanización del proceso administrativo y judicial pues las decisiones sobre los menores de edad no podrán ser consideradas, sin tomar en cuenta los sentimientos, preocupaciones e intereses del propio niño involucrado en el asunto.⁴

En general se aprecia en las resoluciones judiciales en materia de Derecho de Familia la consideración del derecho de los menores de edad de opinar con respecto a las decisiones que los conciernen, considerándose que la omisión de ello provocaría incluso un vicio de nulidad. En este sentido nuestra jurisprudencia ha interpretado que:

No consta en autos que las personas menores de edad hayan sido escuchadas en el proceso, como corresponde y lo ordena la legislación como garantía a favor de aquellos, en el artículo 114 inciso f del Código de Niñez y Adolescencia (...) y en igual forma el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) de lo que se infiere necesariamente que debe el a quo, enmendar en lo que corresponda las omisiones apuntadas y que conllevan irremediablemente anular el fallo apelado para que se corrija en su oportunidad.⁵

Al respecto nuestra legislación en el Código de la Niñez y la Adolescencia, ha expresado:

Artículo 114. Garantías en los procesos.

En los procesos y procedimientos en que se discutan los derechos de personas menores de edad, el Estado les garantizará:(...)

f) **Derecho de audiencia:** en todos los procesos administrativos y judiciales relacionados con los derechos de esa población se escuchará su opinión (...).

En esta misma línea, el artículo 107 del Código de la Niñez y la Adolescencia regula una serie de derechos de los menores de edad en los procesos:

Artículo 107: Derechos en procesos.

En todo proceso o procedimiento en que se discutan disposiciones materiales de este Código, las personas menores de edad tendrán derecho a lo siguiente:

- a) Ser escuchadas en su idioma y que su opinión y versiones sean consideradas en la resolución que se dicte.
- b) Contar con un traductor o intérprete y seleccionarlo cuando sea necesario.
- c) Acudir a las audiencias en compañía de un trabajador social, un psicólogo o cualquier otro profesional similar o una persona de su confianza.
- d) Recibir del juez información clara y precisa sobre el significado de cada una de las actuaciones que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y las razones de cada decisión.
- e) Que todo procedimiento se desarrolle sin demora, en términos sencillos y precisos.
- f) La justificación y determinación de la medida de protección ordenada. En la resolución que establezca la medida de protección, la autoridad judicial o administrativa deberá explicar a la persona menor de edad, de acuerdo con su edad y madurez, el motivo por el cual se seleccionó tal medida.
- g) No ser ubicadas en ninguna institución pública ni privada sino mediante declaración de la autoridad competente, previo agotamiento de las demás opciones de ubicación. Queda a salvo la medida de protección de abrigo, dictada por las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia.
- h) La discreción y reserva de las actuaciones.
- i) Impugnar las decisiones judiciales y administrativas, conforme a lo dispuesto en este Código.⁶

(...) la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor. 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 profesores y a una familia desconocida.⁷

En este sentido tenemos otras consideraciones referentes al tema, para lo cual indicamos:

Si el acceso a la justicia representa para cualquier ciudadano una seria dificultad “para los niños esta posibilidad se convierte en una quimera, pues difícilmente se acercan a los tribunales para ejercer sus derechos (...). En Argentina, el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos en todo procedimiento en el que resulten afectados sus derechos e intereses, fue reconocido por primera vez a nivel infraconstitucional, de manera sistematizada, a través de la ley 26.061 en el art 27, disposición que reza de manera completa “Los Organismos del Estado deberían garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales, ratificados por la nación argentina, y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo excluya. En caso de carecer recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) a participar activamente en todo el procedimiento; e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”⁸

-
7. Pérez Vera, Eliza. *Actes et documents de la Quatorzieme session*. Conference de La Haye de droit International privé, 1980, Vol. III. Informe explicativo (en francés, español, inglés), pp. 426 ss.
 8. Herrera, Marisa (2008). *La participación del niño en los procesos de familia en Argentina*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 183.
 9. Javier Llobet. *Op. cit.*, p. 220.
 10. Benavides Santos, Diego (2003). *Convención Internacional de Restitución de Menores*. (Normativa legal). San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, art. 11.

III. Edad del niño, niña y adolescente y la consideración de su opinión

El artículo 12 inciso 1) de la Convención de Derechos del Niño establece dos aspectos por considerar con respecto al criterio decisivo de la opinión de los menores de edad: la edad y la madurez.

La madurez es un aspecto que debe analizarse caso por caso. La madurez es parte de un proceso evolutivo del menor de edad. Por lo que de gran ayuda son los criterios psicológicos que intervienen en el proceso judicial, pero también lo tendrá la forma en que se desenvuelve el menor de edad durante las audiencias judiciales, según la apreciación que tenga la persona juzgadora.

En cuando a la edad, la convención omite establecer una edad determinada, lo cual lo podemos justificar en la diferencia de legislaciones que deben ser precisadas por la legislación interna.⁹

Por su parte el artículo 11, párrafo cuatro, del CIRIM indica:

(...) La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquella, la edad y la madurez del menor justificare tomar en cuenta su opinión.¹⁰

Es importante tener en cuenta que el aspecto que debería tener más importancia es el grado de madurez. La edad, sin embargo, a diferencia de la madurez aporta un aspecto con un carácter más objetivo, partiéndose que de acuerdo con la experiencia en general la madurez se va adquiriendo conforme se tiene más edad.¹¹

Desde otra perspectiva encontramos en relación con la edad otra explicación que dice:

Es cierto que, en rigor, la posibilidad de formar juicio y la madurez se encuentran en relación directa e imprescindible con la edad, y serán el resultado de tal elemento objetivo. Sin perjuicio de ello, cabrá considerar situaciones particulares que hagan a la persona o a la situación del niño y que puedan incidir respecto al parámetro etario. Es posible que por el escaso o, a la inversa, privilegiado desarrollo intelectual del menor, o

por sus características socioculturales, corresponda modificar las reglas generales que se refieren a la edad, como elemento determinante de la madurez, entendido este concepto al solo fin de ejercitarse el derecho del niño a ser oído.¹²

En otros ámbitos tendentes a aclarar más el punto, la jurisprudencia costarricense lo ilustra de la siguiente manera:

Conforme al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, (...) y que establece en su aparte 1) que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño, y constanding que el menor cuenta con la edad de 15 años cumplidos... Considera el Tribunal, no queda más alternativa entonces, que respetar el criterio del menor y confirmar en lo apelado la sentencia recurrida, pues en esta clase de asuntos, es primordial salvaguardar el interés superior del niño, regulado en nuestra legislación no solo en el artículo 51 de la Constitución Política, sino también por el ordinal 2 del Código de Familia.¹³

IV. Interés superior de la persona menor de edad y los convenios sobre sustracción internacional de menores

Este concepto no se encuentra explicitado en el texto de los convenios, pero sí se encuentra presente en la exposición de motivos de estos, al manifestar los países firmantes estar “profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”, y al mostrarse “deseosos de proteger al menor en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita”. De forma que, la filosofía de los convenios podría definirse así: “la lucha

11. Javier Llobet. Op. cit., p. 221.

12. Antonio, Daniel Hugo (1994). Derecho de Menores. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. 1994. p. 107.

13. Tribunal Superior de Familia. Voto N.º 654-97, de las 11 horas del 3 de setiembre de 1997. Considerando I.

contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés". Verdadero interés que, objetivamente, tiene una de sus manifestaciones más claras en el "derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona".

Debe tenerse presente que dentro de los objetivos de los convenios al responder a una concepción determinada del "interés superior de la persona menor de edad" puede, a veces, justificar el traslado del menor, de forma que se den excepciones a la regla general de la restitución inmediata fundamentadas en los mismos motivos por los que se establece la restitución como norma general.

Por esta razón se contemplan en el texto convencional algunas excepciones, casos en los cuales, por las circunstancias, se permite que la autoridad judicial o administrativa niegue la devolución inmediata del menor al lugar donde este tenía su residencia habitual, antes de la sustracción. Estas excepciones se recogen en los artículos 13 y 20 del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.¹⁴

La regla de los convenios, según la cual la víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, cede cuando la persona institución u organismo que se opone a la restitución demuestra que, ante una situación extrema se impone, en aras del interés superior del niño el sacrificio del interés personal del guardador desasido.¹⁵

14. Yzquierdo Tolsada, Mariano (2002). Colección Monografías de Derecho Civil. Madrid, España: Editorial Dykinson. S.L., pp. 41-42.

15. Quaini, Fabiana Marcela (2006). Restitución Internacional de Menores. Argentina: Ediciones Lexaustralis, p. 59.

V. Jurisprudencia

Desde la óptica doctrinal, citamos varias de sus consideraciones:

(...) la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar “profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”: justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, “deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita”.

Esos dos párrafos del preámbulo reflejan de forma bastante clara cuál ha sido la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona.¹⁶

14. Yzquierdo Tolsada, Mariano (2002). Colección Monografías de Derecho Civil. Madrid, España: Editorial Dykinson. S.L., pp. 41-42.

15. Quaini, Fabiana Marcela (2006). Restitución Internacional de Menores. Argentina: Ediciones Lexaustralis, p. 59.

16. Pérez Vera, Eliza. Op. cit., pp. 426 ss.

En este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios.¹⁷

Por tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio –uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual– responden en su conjunto a una concepción determinada del “interés superior del menor”. No obstante, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de un niño puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo (...).¹⁸

Desde otra óptica, para ilustrar el tema, citamos la siguiente jurisprudencia nacional:

(...) **III. Sobre el interés superior del niño (a)**. En materia de los derechos especiales que tienen los niños se encuentran varias normas de rango constitucional, internacional e infraconstitucional; reconociéndose en todas ellas el interés superior del niño (a) como criterio de toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de 18 años. (...) En igual sentido la **Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas** (aprobada y ratificada por nuestro país mediante, la Ley No. 7184 del 18 de julio de 1990, la cual entró en vigencia a tenor del numeral 2 de este instrumento legal, el día de su publicación en la Gaceta N.º 149 del 9 de agosto de 1990), le establece una serie de derechos a cualquier niño, independientemente, de su raza o nacionalidad (artículo 2), tales como: el derecho a ser cuidado por sus padres, el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, reconociéndose a los padres como los responsables primordiales de proporcionarles las condiciones de vida necesarias para su desarrollo y el deber del Estado de adoptar “medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad a éste derecho” (artículo 27) y en caso de tratarse además de un niño (a) mental o físicamente impedido el derecho a “disfrutar de un vida plena y decente en

17. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 31 Sesión ordinaria. Recomendación relativa a una Carta europea de los derechos del niño. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979.

condiciones que aseguren dignidad, permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” además de “recibir cuidados especiales” (artículo 23). Por otro lado, la **Declaración Universal de Derechos Humanos** del 10 de diciembre de 1948, precisa en su artículo 16, párrafo 3 que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (en idéntico sentido artículo 23, párrafo 1, del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966). Por su parte, el artículo 25, párrafo 2, de la supra indicada Declaración señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...” y, finalmente el artículo 24, párrafo 1 se establece que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. De las normas de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos transcritas, resulta, a todas luces, que los Estados tienen como deberes fundamentales la protección del interés superior del niño, evitando la desmembración del núcleo familiar y promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental en especial cuando el niño (a) requiere cuidados especiales. Los derechos humanos o fundamentales y las obligaciones correlativas de los poderes públicos han sido también desarrollados en el plano infraconstitucional, tenemos así el Código de la Niñez y la Adolescencia en general y la **Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad**, cuando se trate además de un niño (a) con necesidades especiales. Así el Código de Niñez y Adolescencia (Ley N.º 7739), puntualiza que el norte interpretativo de toda acción pública o privada deber ser el interés superior del niño (artículo 5). El ordinal 12 de ese cuerpo normativo estipula que el Estado deberá garantizar el derecho a la vida “con políticas sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral”. El numeral 29 establece la obligación del padre, la madre o la persona encargada de “velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años” y de “cumplir con las instrucciones y los controles que se prescriban para velar por la salud de las personas menores de edad bajo su cuidado” (artículo 45). Por su parte, además de todo lo dicho, cuando el niño (a) requiera las necesidades especiales en razón de su discapacidad entendida como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limite la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que pueda ser causada o agravada por el entorno económico y social” (artículo I de la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) es aplicable además los derechos de las personas discapacitadas, reconocidas también en normas internacionales (Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de

Discriminación contra las Personas con Discapacidad ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Ley N.º 7948) y con rango legal la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad N.º 7600, publicada en la Gaceta el 29 de mayo de 1996. Así pues, a las personas discapacitadas se les debe garantizar igualdad de oportunidades, mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sea físicos, económicos, sociales o psicológicos que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad, en este sentido define el artículo 2 la estimulación temprana cuando dice que es toda aquella “atención brindada al niño entre cero y siete años para potenciar y desarrollar al máximo sus posibilidades físicas, intelectuales, sensoriales y afectivas, mediante programas sistemáticos y secuenciados que abarcan todas las áreas del desarrollo humano...” y el artículo 13 de la Ley General de Salud N.º 5395, del 30 de octubre de 1973 cuando reconoce el deber de los padres y el Estado de velar por la salud y el desarrollo de los niños: “los niños tienen derecho a que sus padres y el Estado velen por su salud en su desarrollo social, físico y psicológico. Por tanto, tendrán derecho a las prestaciones de salud estatales desde su nacimiento hasta la mayoría de edad. Los niños que presenten discapacidades físicas, sensoriales, intelectuales y emocionales gozarán de servicios especializados”. En conclusión, luego de todo lo dicho es claro que a los niños les asisten una serie de derechos especiales y correlativamente al Estado y los padres o encargados de los niños le asisten una serie de obligaciones y deberes para con ellos, más aún cuando se trate de niños con necesidades especiales, todo lo cual tiene respaldo en numerosos instrumentos internacionales, en nuestra constitución política y en normas legales (...).¹⁹

A manera complementaria se adicionan dos jurisprudencias nacionales, las cuales rezan de la siguiente manera:

(...) IV. Ya este tribunal en un proceso similar al presente, ha dicho que la gran diferencia en este caso la marca el hecho de que encontramos en materia familiar y concretamente en Niñez y Adolescencia, en donde otros factores convergen en forma radical sobre todo existe toda una gama de instrumentos internacionales que deben ser interpretados y aplicados en forma integral, lo que nos lleva a tomar decisiones que aunque en otros temas serían improcedentes en este tipo de asuntos de Niñez y Adolescentes autoriza

19. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N.º 11262-2006 de las 15:00 horas del 24 de agosto de 2006. Considerando III.

y obliga a esa toma de decisiones “aparentemente ilegales”. Es decir, sin factores tales como “tiempo niño” que conducen a decisiones diferentes a los casos de adultos, pues lo que realmente interesa es el bienestar de un niño y su felicidad aunque sea en contra de derechos como el de la nacionalidad. En toda decisión familiar, administrativa o judicial, en donde se involucre una persona menor de edad, el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO es el vector en función del cual se debe resolver la controversia. Y con base a ello concluimos, tal como dijimos líneas atrás, que efectivamente la decisión a tomar no necesariamente “calza” con situaciones parecidas a nivel legal pero con personas mayores de edad. De ahí que la aplicación del caso de excepción dentro de este asunto que hace la juzgadora de primera instancia, el cual es contemplado por la Convención de la Haya, se justifica claramente, y no como erróneamente afirma el recurrente que un principio como el del INTERÉS SUPERIOR no puede estar por encima de una Convención. Si bien el tema del INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO es interpretado por cuanta persona o institución lo utiliza, dándole muchas veces contenidos distintos, lo cierto es que dicho principio es el que nos permite obligar a asegurarle a la persona menor de edad el cumplimiento de una serie de derechos fundamentales encaminados a un desarrollo integral que le proporcione el derecho humano a la “felicidad” dentro de la cultura en la que vive. La aplicación del interés superior del niño nos obliga en muchos casos a dar cumplimiento a unos derechos humanos por encima de la aplicación de otros derechos que chocan con los primeros, tal como lo analizaremos posteriormente. Sostiene el recurrente que la sentencia de primera instancia viola la Convención de la Haya “al anteponer un principio que no es superior a dicha Convención”, pero nada más alejado de la verdad jurídica que debe imperar, toda vez que el marco jurídico internacional debe interpretarse en forma integral, pues no se trata de aplicar una Convención literalmente violando los principios consagrados en otra, sino que por el contrario los principios emergen de cada una de ellas nos deben permitir llegar a conclusiones acordes precisamente con el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Y en esos términos fue redactado el artículo 20 de la Convención de la Haya, en cuanto establece el respeto a los principios fundamentales del Estado costarricense en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (...).²⁰

(...) III. En Costa Rica se debe tener presente en todo momento que en nuestro cuerpo normativo, las personas menores de edad son personas con derechos, que en razón de su edad, disfrutan de una mayor protección, la cual se plasma hoy en el reconocido principio del interés superior de la persona menor de edad. Este principio, contenido en la Convención sobre Derechos del Niño, es también parte del Código de la Niñez y la Adolescencia y del Código de Familia, se impone como fundamento básico en la apreciación, valoración y resolución de los asuntos en que haya de por medio personas

menores de edad y funciona como un eje transversal para toda disposición o resolución judicial. Por ello, cuando se habla de restitución, que conlleva la “custodia”, si bien son usualmente personas adultas quienes la solicitan a la autoridad central, la interpretación que se haga de la situación social vigente del menor involucrado y de la normativa aplicable como fundamento de la decisión judicial que al respecto se tome, deberá hacerse bajo la dirección de este principio, que se impone como el elemento más significativo para decidir la ejecución o no de la restitución. De esta manera, cuando se tiene por un lado el CACSIM y la CIRIM y del otro lado tanto la CND, como el Código de la Niñez y la Adolescencia y el Código de Familia, la interpretación normativa se coloca frente a una potencial disyuntiva, ya que los dos instrumentos internacionales sobre la sustracción de menores, aún cuando hacen referencia a los derechos de los niños(as), muestran un apoyo incondicional a la ejecución de la autoridad parental, específicamente los derechos de guarda-crianza que tengan los adultos, siendo estos derechos los que en definitiva buscan proteger, y así es como pueden ser interpretados en algunos países. Sin embargo, en el caso particular de Costa Rica, lo que prevalece es la interpretación a la luz de la Convención de los Derechos de los Niños y las Niñas. Frente a la interpretación adulto-céntrica, donde se protegen los derechos de los padres, sobre todo en países que no han suscrito la CDN, para el caso costarricense prevalece la interpretación en función del Principio de Interés Superior de la persona menor de edad, y cuando haya confrontación entre los derechos de estos y los derechos de custodia o guarda de los padres, así como en la interpretación del derecho de visitas, lo que prevalece es el derecho de los niños(as) a permanecer o a ver a sus padres. Reconociendo la importancia de los instrumentos legales internacionales para proceder a una restitución, en casos de traslado o retención ilegal de una persona menor de edad, como es el caso del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, se impone la necesidad de tener siempre presente los derechos de los niños(as) frente a criterios e intereses Adulto-céntricos (...).²¹

20. Tribunal Superior de Familia. Voto N.º 1719-2007, de las 10:50 horas del 5 de diciembre de 2007. Considerando IV.

21. Juzgado de Niñez y Adolescencia. Sentencia N.º 247-2007 de las 13:00 horas del 29 de junio de 2007. Considerando III.

VI. Conclusiones

En el marco del **interés superior del niño**, uno de los fines primordiales de los convenios tratados es lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual.

El tema del **interés superior del niño** es interpretado por cuanta persona o institución lo utiliza, dándole muchas veces contenidos distintos, sin embargo, lo cierto es que dicho principio es el que nos permite y obliga a asegurarle a la persona menor de edad, el cumplimiento de una serie de derechos fundamentales encaminados a un desarrollo integral que le proporcione el derecho humano a la "felicidad" dentro de la cultura en la que vive.

La aplicación del **interés superior del niño** nos obliga, en muchos casos, a dar cumplimiento a unos derechos humanos por encima de la aplicación de otros derechos que chocan con los primeros.

Bibliografía

Doctrina

Antonio, Daniel Hugo (1994). *Derecho de Menores*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Yzquierdo Tolsada, Mariano (2002). *Colección Monografías de Derecho Civil*. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L.

Herrera, Marisa (2008). *La participación del niño en los procesos de familia en Argentina*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal de Familia*. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental 2008.

Pérez Vera, Eliza. *Actes et documents de la Quatorzieme session*. Conference de La Haye de droit International privé, 1980,1980. Vol. III. Informe explicativo (en francés, español, inglés).

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N.º 11262-2006 de las 15:00 horas del 24 de agosto de 2006. Considerando III.

Tribunal Superior de Familia. Voto N.º 1538-2007, de las 10:30 horas del 1 de noviembre de 2007. Considerando IV.

Tribunal Superior de Familia. Voto N.º 185-00 09:10 horas del 16 de febrero de 2000. Considerando IV.

Tribunal Superior de Familia. Voto N.º 1719-2007, de las 10:50 horas del 5 de diciembre de 2007. Considerando IV.

Tribunal Superior de Familia. Voto N.º 654-97, de las 11 horas del 3 de setiembre de 1997. Considerando I.

Juzgado de Niñez y Adolescencia. Sentencia N.º 247-2007 de las 13:00 horas del 29 de junio de 2007. Considerando III.

Normativa legal

Benavides Santos, Diego (2000). *Código de Familia*. Concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación. 2º edición actualizada. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

_____. (2003). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Anexo. Ley Orgánica del Pani. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

_____. (2003). *Convención sobre los Derechos del Niño*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

_____. (2003). *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

_____. (2003). *Convención Internacional de Restitución de Menores*. (Normativa legal). San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

LGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LOS GASTOS DE EMBARAZO Y MATERNIDAD

*M. Sc. Eddy Rodríguez Chaves**

Hace prácticamente una década entró en vigencia la reforma legal introducida al Código de Familia mediante la promulgación de la Ley N.º 8101 (Ley de Paternidad Responsable) que, entre uno de sus grandes avances, contemplaba la posibilidad de condenar al padre de una persona menor de edad al reembolso a favor de la madre de los gastos de embarazo y maternidad durante los doce meses posteriores al nacimiento, sin embargo, desde ese momento hasta hoy, es posible que hayan surgido más interrogantes de las que inicialmente se consideró podían derivarse de esta reforma.

Es frecuente escuchar dudas, opiniones y consultas entre estudiantes y profesionales en Derecho, así como de parte de las personas usuarias, en muy diferentes sentidos, por ejemplo, qué se entiende por gastos de embarazo y qué se entiende por gastos de maternidad, dónde deben liquidarse estos, si es ante el Juzgado de Familia o ante el Juzgado de Pensiones Alimentarias; pero, además de estos aspectos relacionados con el contenido y la vía procesal, surgen una serie de interrogantes sobre la procedencia del cobro, porque se cuestiona si es un reclamo que se puede hacer de pleno derecho, o si necesariamente se requiere que la sentencia que establece la paternidad debe ordenar el reembolso correspondiente, amén de otra interrogante y quizás nos coloca en la mayor disyuntiva, y es si es posible legalmente ordenar el reembolso aun si la paternidad no fue establecida en un proceso judicial o administrativo sino que se trató de un reconocimiento voluntario, sea este procesal o extraprocesal.

Sobre todos estos aspectos ya existe un importante aporte de la jurisprudencia del Tribunal de Familia, pero ello no ha venido necesariamente a lograr una unificación de criterios pues muchos de estos temas han sido abordados en segunda instancia, no por el Tribunal de Familia sino por los diferentes Juzgados de Familia del país, conociendo en alzada decisiones en procesos alimentarios donde se han planteado reclamos de la naturaleza que hemos indicado, y es precisamente la diversidad de interpretaciones que nos ha colocado en la situación de falta de certeza que se reclama desde los usuarios y las usuarias del sistema judicial.

* Juez de Familia de Liberia.

El objetivo de estas reflexiones no es tan pretencioso como dar una respuesta a las interrogantes que hemos mencionado sino, más bien, lo que se busca es realizar un aporte más a la discusión jurídica sobre el tema para lograr, por un lado, el interés de cuestionar lo que se está haciendo y, por otro, generar con la lectura opiniones favorables o desfavorables, pero que necesariamente requieren de un esfuerzo intelectual que es la única vía para que entre todos y todas generemos más justicia en nuestras decisiones.

A nuestro criterio, la interpretación del contenido del artículo 96 vigente del Código de Familia no puede ni debe hacerse desde una visión literalista ni mucho menos restrictiva, pues en el fondo debe entenderse que la posibilidad del reembolso tiene una trascendencia fundamental desde la perspectiva de género y de los derechos humanos, de manera que la interpretación apropiada requiere la revisión conforme de la regulación constitucional y supraconstitucional del fenómeno jurídico y sociológico que aborda el reembolso de estos gastos de embarazo y maternidad.

En una situación de una pareja que, producto de las relaciones sexuales que mantienen, la mujer queda embarazada y a partir de allí la relación se rompe y el hombre esquivo desde el inicio cualquier responsabilidad sobre este embarazo. Debemos preguntarnos aquí si la situación personal del hombre y de la mujer es igual ante la gestación, no solo desde la perspectiva física que resulta obvia sino con respecto de las condiciones integrales de vida. El hombre en términos generales continúa con su vida normal, sigue trabajando si es que lo hace, sigue teniendo los mismos gastos de antes, no tiene que tener control médico, su cuerpo no se modifica, es decir, no tiene particularmente ninguna condición especial por el hecho de haber engendrado otro ser humano que está creciendo en el cuerpo de una mujer, pero esta en cambio desde el inicio tiene que enfrentar una serie de cambios que repercuten absolutamente en su vida cotidiana, su cuerpo empieza a cambiar, tanto a nivel hormonal como a nivel de aspecto, desde el inicio debe empezar a tener un control prenatal, es posible que pase por episodios de malestar físico, debe mejorar su alimentación, debe ingerir suplementos vitamínicos con regularidad y así, conforme avanza el embarazo, llega al punto de no poder continuar siquiera con su ritmo habitual de vida porque su capacidad física y laboral cambia, debe incluso adquirir nuevo vestuario; finalmente, prepararse para el nacimiento, todo ello pensando en un embarazo sin complicaciones adicionales a lo normal desde la perspectiva médica. Es importante aclarar aquí que no estamos haciendo este planteamiento partiendo de estereotipos sino partiendo de la realidad que normalmente llega a nuestros despachos, pues muchos hombres sí asumen una paternidad responsable desde el inicio del embarazo, pero no es con respecto a ellos que los jueces y las juezas deben tomar decisiones sino que los casos que nos ocupan tienen más parecido al planteamiento señalado pues es pensando en esos casos en que está diseñada la norma.

Ahora bien, lo que se quería rescatar es que la situación diferenciada del hombre y de la mujer ante el embarazo cuando no se asume la paternidad en forma responsable, había generado históricamente una discriminación injustificada, pues todos aquellos gastos que se derivaban del embarazo y la maternidad tenían que ser asumidos exclusivamente por la madre, mientras que el padre era exigido únicamente al pago de una cuota alimentaria para la manutención de la persona menor de edad a partir de que era legalmente declarado progenitor, lo cual claramente venía a alivianar la responsabilidad que la madre había tenido que asumir en solitario desde el nacimiento del niño o de la niña, pero de ninguna manera venía a compensar el gasto en el que ya había incurrido la madre y que no tenía relación con la manutención de la persona menor de edad, gasto que seguía estando a cargo de la madre en forma exclusiva y, ahí precisamente, es donde se generaba la discriminación legal al no regularse la posibilidad de exigir al padre reembolso alguno a favor de la madre. Esta situación de vulneración de los derechos económicos de las mujeres es la que pretende revertir la reforma que nos ocupa en esta ocasión, de manera que si el juzgador o la juzgadora no interpreta esta nueva disposición teniendo claro este contexto, es posible que se siga perpetuando la protección al patriarcado, pero ahora lo más grave es que no sería por deficiencia del cuerpo normativo sino por la interpretación equivocada que se haga de la regulación que ya existe.

La lectura del artículo 96 del Código de Familia ya reformado, básicamente nos indica que cuando el Tribunal acoja la declaración de paternidad se podrá condenar en sentencia al padre a reembolsarle a la madre, según los principios de equidad, los gastos de embarazo y maternidad de la hija o el hijo durante los doce meses posteriores al nacimiento y, cuando esta declaración de paternidad se realice mediante el trámite administrativo ante el Registro Civil, el derecho siempre existirá pero deberá ser liquidado en el proceso alimentario correspondiente, y no mediante el trámite de ejecución ante el Juzgado de Familia como lo sería en el primer supuesto.

Este artículo resuelve dos situaciones diferentes y sumamente claras, la primera es la posibilidad de ordenar el reembolso de los gastos de embarazo y maternidad en la misma sentencia judicial que declara la paternidad, en cuyo caso la fijación del monto puede hacerse en la misma sentencia si ya se tienen los elementos probatorios necesarios para su cuantificación o bien en la fase de ejecución ante el mismo juzgado que dictó la sentencia en primera instancia. La segunda posibilidad se refiere a la determinación de la paternidad mediante el proceso administrativo ante el Registro Civil, en cuyo caso la liquidación de los gastos correspondientes al embarazo y la maternidad se debe hacer en el proceso alimentario correspondiente.

La cuestión fundamental es que este artículo regula esos dos supuestos únicamente, pero qué pasa con todas las demás situaciones no reguladas allí. Qué pasa, por ejemplo, si la madre no reclama en el proceso de paternidad el reembolso de los gastos de embarazo y maternidad y, por ende, la sentencia que acoge la paternidad no ordena el reembolso, en este caso ¿podrá la madre reclamar el pago cuando presente el proceso alimentario o ya perdió el derecho de hacerlo? Qué pasa si iniciado el proceso judicial de paternidad el padre reconoce voluntariamente a la persona menor ante el Registro Civil, ¿perderá la madre el derecho de reclamar el reembolso?, ¿lo perdería también si se produce un reconocimiento voluntario en la fase de conciliación en el proceso judicial y no se dispone nada con respecto a los gastos de embarazo y maternidad?, o incluso podríamos cuestionarlos ¿si una madre tiene derecho al reembolso si nunca existió proceso judicial ni administrativo, ya que la paternidad se derivó de un reconocimiento voluntario?, ¿en este caso existe o no el derecho de la madre de reclamar posteriormente el pago de los gastos de embarazo y maternidad? y, si lo tiene, ¿dónde puede formular el reclamo, será en el proceso alimentario o en un proceso de conocimiento ante el Juzgado de Familia, porque ya no podría hacerse en un proceso especial de filiación?

La cuestión medular para poder responder todos estos cuestionamientos, a nuestro criterio, pasa en específico por un aspecto y es, precisamente, determinar si solo en los dos supuestos contenidos en forma expresa en la norma (artículo 96) que una madre tendría el recargo exclusivo de los gastos de embarazo y maternidad puesto que, si ello no es así, la norma genera una discriminación inconstitucional en contra de todas aquellas mujeres cuya paternidad de sus hijos o hijas provienen de situaciones diferentes a la determinación judicial o administrativa.

Es claro que la reforma analizada pretendió con esa regulación desmontar el recargo injustificado que tenían las mujeres con respecto a los gastos de embarazo y maternidad cuando los progenitores no asumían desde el inicio del embarazo una conducta responsable, y no era la intención generar una discriminación para proteger a solo un grupo de mujeres (aquellas cuya paternidad de sus hijos e hijas era asignada mediante decisiones judiciales o administrativas) en perjuicio de otro grupo (aquellas cuya paternidad de sus hijos e hijas provenía de situaciones diferentes pero que de igual forma tuvieron que asumir de manera exclusiva los gastos de embarazo y maternidad).

Si hay consenso en esta conclusión, entonces, nos queda por definir qué hacer, pues básicamente se nos presentan dos alternativas: o entender que el derecho al reembolso de los gastos de embarazo y maternidad es un derecho extensible y, por ende, aplicable a cualquier situación donde la mujer, en forma exclusiva, se vio obligada a asumir esos gastos sin la participación del padre; o pensar que la reforma debe aplicarse de manera literal sin posibilidad de extenderla a

situaciones similares de fondo y que, por ello, la norma es inconstitucional y debe formularse la consulta correspondiente.

Nos decantamos por la primera opción, es decir, por considerar que la norma es inconstitucional únicamente si se aplica en forma literal y taxativa pero, como esa no es la forma adecuada de interpretarla ni de aplicarla, no se encuentra que riña con los principios de igualdad y no discriminación, si se entiende como la regulación de un derecho de fondo que sin problemas puede extenderse a cualquier situación similar donde la madre ha debido asumir, en forma exclusiva, el costo de los gastos de embarazo y maternidad sin el apoyo del padre, quien con esa forma de actuar encuentra su patrimonio aumentado injustificadamente, pues debiendo asumir la parte proporcional de los gastos que se generan a partir del estado de gravidez de su pareja no lo hizo y ello provocó entonces una disminución patrimonial totalmente injustificada en los recursos de la madre.

Esto que se ha indicado, no es más que el sustento para responder uno de los principales cuestionamientos a los que hicimos mención al inicio, sea precisamente que sí es posible y sí debe concederse el reembolso de los gastos de embarazo y maternidad a cualquier madre que por la falta de apoyo económico del padre de sus hijos o sus hijas, debió asumir en forma exclusiva todos aquellos gastos que por su condición de gravidez se generaron, independientemente de si la determinación de paternidad se deriva de un proceso especial de filiación o de un proceso administrativo de paternidad e incluso podríamos, desde esta perspectiva, considerar que el derecho no es únicamente respecto de hijos e hijas extramatrimoniales y que, perfectamente, puede concederse el derecho a mujeres unidas en matrimonio, pues el supuesto para concederlos no pasa por el tema procesal sino que se trata de la concretización de un derecho de fondo que tiene como objetivo mitigar el estado de discriminación económica de las mujeres.

Sobre este tema es importante rescatar dos mandatos de vieja data, el primero de ellos vigente desde el dos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro; y, el segundo, desde el veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco y con ellos nos referimos a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, y si bien el contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos requiere un análisis más profundo, por el momento vamos a señalar que la primera Convención estipula, en su artículo 16, la obligación de velar porque las mujeres tengan los mismos derechos y responsabilidades con los progenitores, cualquiera que sea su estado civil, esto respecto de sus hijos e hijas, amén del propio contenido del artículo primero que entiende por discriminación contra la mujer, cualquier distinción, exclusión o restricción basada en el sexo y **que tenga por**

objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, **sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil.** De la segunda Convención es necesario rescatar el contenido del artículo cuarto, el cual señala que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos y, entre estos, se manifiesta expresamente el **derecho a igualdad de protección ante la ley**, mientras que el artículo 7 menciona como obligación de los Estados tomar medidas apropiadas, incluyendo las de tipo legislativo, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; en el caso que nos ocupa, debe entenderse como violencia patrimonial contra la mujer la inadecuada indemnización o reembolso en términos de equidad de los gastos de embarazo y maternidad. Con ello se quiere mencionar que desde estos dos instrumentos de protección de los derechos humanos de las mujeres podemos encontrar el fundamento suficiente para justificar la tesis que hemos planteado.

Definido esto y ya teniendo clara la idea que pretende desarrollarse, nos queda por resolver la cuestión de la vía procesal pues, como se señaló anteriormente, este también es un aspecto sobre el que ha surgido una serie de interrogantes. Nuevamente, recordando el diseño del actual numeral 96 del Código de Familia, tenemos que si el reembolso se concede en la sentencia emitida en el proceso especial de filiación, el cobro respectivo debe hacerse en la fase de ejecución de este fallo ante el mismo juzgado que dicta la sentencia de primera instancia, sea el Juzgado de Familia. Si la paternidad fue atribuida en sede administrativa ante el Registro Civil, el cobro de los gastos de embarazo y maternidad (aquí entendido como un derecho que se deriva de la sola existencia del proceso administrativo, pues en esta sede no se decreta que el derecho al reembolso existe) se debe formular ante el Juzgado de Pensiones Alimentarias en conjunto con la demanda donde se solicita el establecimiento de la cuota de alimentos correspondiente. Este diseño normativo es posible aplicarlo en forma analógica a todos los demás supuestos en los que, según hemos considerado, es posible legalmente el reclamo de los gastos de embarazo y maternidad; a nuestro criterio, todas aquellas mujeres que presenten un proceso de alimentos a favor de sus hijos y sus hijas menores de edad y que han asumido, en forma exclusiva, el costo de los gastos de embarazo y maternidad, pueden y tienen derecho a formular el respectivo reclamo en el propio proceso de alimentos, aplicando en forma supletoria la solución que el legislador diseñó para los supuestos de la atribución de paternidad en sede administrativa; es decir, entender que el derecho existe y permitir que sea en el proceso de alimentos donde se formule el reclamo correspondiente.

Aquí puede surgir otra inquietud y es determinar qué sucede si por alguna u otra razón no se puede o no es necesario plantear el proceso de alimentos; ello puede suceder por varias razones, por ejemplo, la madre no ejerce la custodia de la persona menor de edad, la persona menor falleció al nacer o después del nacimiento (es importante señalar que este evento no afecta el derecho al reembolso de los gastos de embarazo y maternidad), o simplemente porque sobre la manutención de la persona menor de edad no existe controversia entre el padre y la madre. En todos estos supuestos no tendría sentido considerar la posibilidad de formular un proceso ante el Juzgado de Pensiones Alimentarias con el solo objetivo de liquidar los gastos de embarazo y maternidad pues esta pretensión si bien es posible formularla en este tipo de procesos, es claro que únicamente sería admisible como pretensión complementaria a la fijación de la cuota de alimentos, de manera que parece razonable cerrar la posibilidad en esta sede, así que nos quedaría únicamente la justicia de los juzgados de familia, pero como ya tampoco tiene sentido el proceso especial de filiación, la única opción viable sería un proceso de conocimiento (ordinario u abreviado según sea el monto por liquidar), esto basándonos en la regulación del Código Procesal Civil, que parece inevitablemente aplicable a esta situación pues no existe vía específica para formular este tipo de reclamos.

Otro aspecto que queda sin resolver, y que está estrechamente relacionado con lo que expuesto, es la interrogante planteada en el sentido de si era posible que en el proceso alimentario se concediera el reembolso de los gastos de embarazo y maternidad a favor de la madre, aun cuando en el proceso especial de filiación no se hubiese condenado al padre al pago respectivo, lo cual, guardando la coherencia con lo que se ha planteado, necesariamente debe resolverse en forma afirmativa al considerarse que este derecho al reembolso se deriva de la situación fáctica donde la madre ha asumido, en forma exclusiva, los gastos y no se deriva del reconocimiento o no que se haga en una sentencia de filiación, de manera que si esta sentencia no lo ordenó expresamente (el reembolso), a nuestro criterio no existe ningún inconveniente para que la madre pueda formular el reclamo correspondiente en el proceso alimentario y en sentencia se le pueda conceder siempre valorando la prueba y haciendo una fundamentación adecuada, eso sí, en el entendido que esta posibilidad queda totalmente cerrada si la sentencia del proceso de filiación determinó expresamente que el derecho al reembolso ha sido rechazado, en cuyo caso si ese pronunciamiento adquiere firmeza se produce cosa juzgada material sobre el punto y no puede volverse a plantear en el proceso alimentario.

Finalmente, en torno a este tema, se brinda una opinión sobre lo que entendemos por gastos de embarazo y lo que entendemos como gastos de maternidad, ello por cuanto esta es una cuestión que no es del todo pacífica. En primer lugar, en términos generales, debe señalarse que ambos son gastos que tiene la madre estrechamente relacionados con su condición

de embarazada primero; y, posteriormente, en razón de haber dado a luz un hijo o una hija, pero no son gastos propios de la manutención de este hijo o de esta hija. Sobre los gastos de embarazo pareciera que la confusión es menor y podemos señalar que se trata de todos aquellos gastos que tiene la madre debido su gestación y, a manera de ejemplo, podemos hacer tres grandes grupos; los de control prenatal, los de alimentación y los de vestido. En los primeros podríamos ubicar el pago de citas médicas, ultrasonidos, compra de medicamentos y suplementos vitamínicos, y los gastos de transporte para esos efectos, entre otros; en el tema de la alimentación es importante señalar que no se trata de los gastos totales de alimentación de la madre, pues obviamente ella tiene sus propios requerimientos nutricionales independientemente del embarazo sino que aquí deben considerarse aquellos gastos adicionales que en razón del embarazo tiene la madre en su alimentación, no solo con respecto al incremento de la cantidad sino también en cuanto a la calidad; sobre estos últimos lo que puede señalarse es que normalmente a partir del tercer o cuarto mes del embarazo, la madre tiene la necesidad de empezar a adquirir nuevas prendas de vestir que se ajusten a su nueva figura, por lo que es claro que estos gastos son propios del embarazo. No se trata de hacer una lista taxativa sino únicamente de brindar una guía, a manera de ejemplo, pero con la aclaración de que en cada embarazo se pueden producir circunstancias especiales que incrementen los gastos y que, para cada caso concreto, deberán considerarse.

En cuanto a los gastos de maternidad la cuestión no ha sido tan simple pues con frecuencia se pretende cobrar aquí la compra de ropa para el bebé, los gastos para acondicionar su dormitorio, los medicamentos y otros gastos que son propios de la persona menor de edad y que corresponden a gastos de manutención, donde la persona menor es la acreedora y el cobro debe hacerse en el proceso de alimentos como parte de la cuota, pero nunca como gastos de maternidad, pues estos más bien se refieren a los gastos propios de la madre por haber dado a luz. Para aclarar esto, podríamos señalar que como gastos de maternidad se pueden cobrar los gastos médicos del parto (clínica, honorarios médicos y otros), los gastos para la recuperación física de la madre, por ejemplo, las citas de control posparto, la compra de medicamentos y suplementos de nutrición, los gastos de la alimentación adicional que debe tenerse en caso de estar amamantando e incluso podría pensarse en la existencia de alguna repercusión emocional, que requiriera de tratamiento terapéutico, se podría considerar como parte de los gastos de maternidad. En términos generales es posible concluir que los gastos de maternidad, cuyo reembolso es posible conceder a favor de la madre, son aquellos gastos que tuvo la madre durante los doce meses posteriores al nacimiento de su hijo o de su hija, independientemente de los gastos que genera la manutención de la persona menor de edad.

Hecho el planteamiento que nos ha ocupado nos queda nada más por señalar la importancia, para efectos de cumplir con el mandato supraconstitucional que mencionamos líneas atrás, de la forma en que se interpreta la prueba aportada en la respectiva liquidación de los gastos de embarazo y maternidad, y los efectos que tendría una visión restrictiva para la perpetuación de las discriminaciones que han pretendido erradicarse con la promulgación de la reforma aquí propuesta.

Si el juzgador o la juzgadora pretende que cada uno de los gastos que se liquidan tengan la respectiva acreditación documental (probablemente no se pueda aportar en la mayoría de los gastos), es posible que la decisión tenga un impacto económico muy diferente en el padre que en la madre pues ello no llevaría a otro destino que no sea a la aprobación menor de lo que en realidad fueron los gastos, lo cual beneficiaría sin duda alguna al padre en detrimento de los derechos patrimoniales de la madre pues, en la realidad, en la mayoría de los casos, no se piden, no se guardan o simplemente se extravían las facturas de todas las compras hechas en razón del embarazo y la maternidad pues es probable que el desconocimiento, o bien el desinterés temporal, sean factores que limiten la posibilidad de las madres de acreditar posteriormente los gastos que efectivamente se tuvieron. Si hacemos una lectura clásica de la carga probatoria es posible encontrar justificaciones suficientes y razonables para contradecir lo que hemos señalado; sin embargo, en razón de la justicia, es posible entender que una fijación razonable pueda provenir de la lógica, la experiencia y la sana crítica, donde la previsibilidad del gasto sea el elemento indiciario suficiente para su aprobación a pesar de la falta de acreditación mediante los medios de prueba tangibles y, es posible que solo así, se haga justicia, pero justicia de aquella que reconoce los derechos por sobre prejuicios y discriminaciones en razón del género.

