

**UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA**

**VICERRECTORIA ACADÉMICA  
SISTEMA ESTUDIOS DE POSGRADO  
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES**

**MAESTRIA EN ESTUDIOS DE LA VIOLENCIA SOCIAL Y FAMILIAR**

**Trabajo Final de Graduación**

**Tema:**

**“La participación de las personas menores de edad en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia de Limón en el año dos mil”**

**TUTORA  
Dra. Roxana Arroyo Vargas .**

**Elaborado por:**

**ANA LORENA BLANCO BONILLA  
RAUL MADRIGAL LIZANO**

**Abril 2005.**

# INDICE

## PORTADA

**RESUMEN TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.....4**

**INTRODUCCION .....7**

**CAPITULO I – MARCO CONTEXTUAL .....9**

1.1 Antecedentes.....9

- Internacional.....9

- Nacional - Estructura del Poder Judicial.....21

- Local.....41

1.2 Justificación.....44

1.3 Delimitación y Formulación del Problema de Investigación.....47

1.4 Objetivo General y Objetivos Específicos.....48

**CAPITULO II – MARCO TEORICO .....50**

2.1 Concepto de Familia.....50

2.2 Concepto de Derecho de Familia.....54

2.3 Sistema Sexo y Género.....55

2.4 La persona menor de edad: Características y Definición de Niño  
y Niña.....66

2.5 Las personas menores de edad como sujetos de  
derechos.....67

2.6 Las Personas menores de edad, la capacidad jurídica y la capacidad de  
actuar.....69

2.7 El Interés Superior del Niño y la Niña.....73

2.8 Opinión del niño y la niña.....78

2.9 Patria Potestad: Guarda, Crianza y Educación.....81

2.10 Concepto de la función jurisdiccional: Tutela de la persona menor de  
edad.....87

**2.11 Principio de Igualdad ante la Ley.....89**

<b>CAPITULO III – DISEÑO METODOLOGICO.....</b>	<b>94</b>
3.1 Tipo de Investigación.....	94
3.2 Selección, diseño y validación de técnicas e instrumentos.....	94
3.3 Área de Estudio.....	95
3.4 Unidad de Análisis.....	97
3.5 Universo.....	97
3.6 Fuentes de Información Primarias y Secundarias.....	98
3.7 Cuadro Selección, diseño, técnicas e instrumentos.....	100
3.8 Fases o Etapas de la Investigación.....	102
- Etapa Exploratoria “Elaboración y aprobación del protocolo.....	102
- Diseño y aplicación de técnicas e instrumentos.....	103
- Recolección de la información.....	105
- Tabulación y Análisis de la Información.....	106
- Elaboración del Informe Final.....	106
- Presentación y exposición del Informe Final.....	106
<b>CAPITULO IV – PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....</b>	<b>108</b>
4.1 Caracterización del ejercicio de autoridad de los funcionarios judiciales en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia de Limón en el año dos mil.....	109
4.2 Determinar si hubo de participación de las personas menores de edad en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación tramitados en el Juzgado de familia de Limón en el año dos mil.....	116
4.3 Verificación de la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación.....	124
4.4 Determinación respecto a si la edad de las personas menores incide en la participación en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación.....	128
4.5 Identificación del tipo de participación de los progenitores en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación.....	132
<b>CAPITULO V – CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>141</b>
5.1 Conclusiones respecto a objetivos planteados .....	141
5.2 Conclusiones generales.....	147
5.3 Recomendaciones.....	148
<b>REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.....</b>	<b>152</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>158</b>

# RESUMEN TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

## TEMA:

**“La participación de las personas menores de edad en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia de Limón en el año dos mil”**

Social y jurídicamente se estipula que todas las personas son iguales a nivel social, económico, político, cultural y legal. Sin embargo se legitima, por medio de la ideología, que existen grupos de personas como los y las menores de edad, las mujeres, los y las adultas mayores que se encuentran en desventaja social: vivimos en una sociedad con raíces patriarcales donde los hombres asumen cuotas de poder de mayor trascendencia. Así las personas menores de edad, “al ser pequeñas”, se supone que no pueden discernir y decidir sobre aspectos que les atañen a ellas directamente. Por lo anterior, a nivel de los Juzgados de Familia, le compete a los y las juezas y los y las progenitoras y, a través de los estudios periciales, definir en estos casos a quien corresponderá la guarda, crianza y educación de las personas menores de edad.

Con la presente investigación se trató de esclarecer varios aspectos: si incide o no la investidura que poseen los y las juezas al tomar decisiones en estos procesos, o son sus progenitores o progenitoras quienes asumen cuotas de poder o son los y las niñas quienes participan como sujetos de derecho.

El objetivo básico de la investigación fue determinar el tipo de ejercicio de autoridad de los y las funcionarias judiciales, para ser más precisos de los y las juezas, sus progenitores, o el Principio Básico en la Legislación que es el “Interés Superior Del Niño”, en la práctica cotidiana en estos Juzgados.

El trabajo de investigación se enmarca dentro de un contexto que contempla el ámbito Internacional, Nacional y Local, para analizar Leyes, Convenciones, Tratados que respaldan el Interés Superior de las personas menores de edad.

Los postulados básicos desarrollados dentro del Marco Teórico fueron: la familia y sus tipos, y el Concepto de Derecho de Familia. Asimismo se analizó qué es la persona menor de edad: característica y definición entre niño y niña.

Un tema de relevancia para este estudio fue el análisis y la desagregación teórico-práctica del Principio de Interés Superior del Niño. Pareciera que, desde el punto de vista teórico-jurídico, se trata de aplicar, pero, en la realidad, en estos procesos abreviados el principio se queda en la teoría. De allí que, a los y las niñas, se les considera aún objetos y no sujetos de derecho. Y esto no debe quedar como mera teoría, sino que se tiene que poseer una actitud garantista de sus derechos.

A través del trabajo se determinó aspectos de suma importancia, entre ellos, que no existe legislación escrita respecto a que edad el y la niña tiene capacidad de discernir lo que le conviene o no. Que la participación del niño y la niña queda a criterio de los y las juezas de acuerdo a sus propios conceptos y a su subjetividad profesional.

Se planteó un cuadro de operacionalización, donde se partió de objetivos, variables, definición conceptual, definición operacional e instrumental lo cual permitió realizar una investigación objetiva, por medio de etapas en orden cronológico.

Finalmente se presentan los resultados de la investigación acotados con los objetivos propuestos. Se basó en un orden lógico y secuencial, en donde se caracterizó el ejercicio de autoridad de los y las juezas, los y las progenitoras, y de las personas menores de edad. Todo lo anterior, apoyado en cuadros estadísticos y análisis de los datos obtenidos en el trabajo de campo.

Concluyendo, lo básico fue caracterizar el ejercicio de autoridad de los y las funcionarias judiciales. Se determinó que, por la investidura que tienen, resulta difícil la idea de otorgar participación y escuchar a las personas menores de 1 a 10 años. No existe en la jurisprudencia mecanismos para determinar, a partir de que edad cronológica, un o una niña tiene discernimiento para pensar y decidir con cuál de los y las progenitoras quiere vivir.

La participación de los y las progenitoras y de los y las niñas fue escasa. Los padres y las madres mantuvieron una actitud pasiva.

Concluyendo al igual que, en otras situaciones de educación y salud, en lo legal, los y las niñas son llevados y tomados en cuenta en pocas ocasiones. Y los que asisten, lo hacen desde una concepción tradicionalista: “el niño desconoce o entiende poco”

Hoy día, a pesar de que existen múltiples derechos de los y las niñas que emanan de Convenciones, Códigos, Leyes y Reglamentos, estos quedan enmarcados dentro de procesos teóricos. De allí que la legislación vigente debe ir cambiando su visión paternalista y transformarse para ser aplicada en línea horizontal y no vertical. Para ello es importante la investigación en estos temas, la retroalimentación entre jueces y juezas, la educación a los y las progenitoras y la apertura para que los y las niñas, se les considere sujetos de derecho en todo el sentido de la palabra y no que las nuevas teorías queden meramente en doctrinas escritas.

## INTRODUCCION

Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad en un ambiente de relaciones interpersonales pacíficas y libres de todo tipo de violencia y/o agresiones. Esta dignidad implica la no discriminación por la edad, el sexo, el grupo étnico o el estilo de vida. Para el presente estudio, este derecho se refirió a las personas menores de edad, las cuales son más propensas a considerarse como objetos de derecho y no como sujetos de derecho. En los diferentes ámbitos de la sociedad, como el familiar, educativo, de salud y jurídico, las personas menores de edad son víctimas de abusos.

Con este estudio se buscó conocer si las personas menores de edad, que fueron atendidas en el Juzgado de Familia de Limón, durante el año 2000, fueron víctimas del ejercicio de autoridad de los y las juezas, de sus progenitores y progenitoras, en donde se definía sus propios procesos de guarda, crianza y educación.

Lo anterior hace presumir decir que “niños y niñas” a las personas menores de edad, se les elimina, reprime o desvirtúa su capacidad de decidir con cuál de los progenitores desea convivir. Por otra parte, se pretendió conocer si las autoridades judiciales, principalmente los y las juezas, resuelven sus fallos judiciales de acuerdo a criterios introyectados, sin tomar en cuenta el Interés Superior de la Persona Menor de Edad. La importancia de la fiscalización de los y las juezas radica en que son autoridades con reconocimiento e investidas en la aplicación de la ley.

Fue importante retomar que los y las juezas deben apoyarse en la legislación inherente a estas situaciones y partir de valoraciones críticas derivadas de pruebas documentales, testimoniales, peritajes psicosociales y, lo más importante, la opinión y el deseo de la persona menor de edad.

No obstante, a priori se pudo pensar que, al prevalecer el criterio histórico- social de que el y la niña es objeto de derecho, los y las juezas al dictar sentencia pudieron partir de criterios propios. Con la presente investigación, se esclarecieron muchas posiciones y se brindaron aportes que permitirán enriquecer estos procesos y que las personas menores de edad sean consideradas sujetos de derecho a plenitud.

Es necesario destacar que como toda investigación conlleva un esquema teórico, una vía de percepción y comprensión del mundo que se denomina paradigma, el mismo pretende descubrir y comprender puntos esenciales del tema referido a lo concerniente a los procesos abreviados de guarda, crianza y educación de los menores de edad atendido en el Juzgado de Familia de Limón.

Para la presente investigación el paradigma se ubica en el enfoque Positivista-Deductivo porque a través de los datos numéricos y opiniones se generaron conceptos, teorías respecto al tema y problema de Investigación.

## **CAPITULO I- MARCO CONTEXTUAL**

### **1.1 Antecedentes.**

#### **- Internacional**

En las culturas occidentales, desde los inicios de la civilización hasta la Edad Media, era común la total indiferencia del poder político frente a la niñez. Incluso, se afirmaba que ni siquiera existía la categoría de niñez. Las personas menores de edad eran invisibilizadas y consideradas de menor valor.

En el siglo XVI, la existencia de la niñez es advertida por los y las adultas, quienes comienzan a interesarse por ellos y ellas y a considerarlos y considerarlas como seres humanos. Se inicia así un proceso de creación de leyes, donde el Estado debía de intervenir para llenar los vacíos y cubrir las necesidades de la niñez y la adolescencia. El Estado se interesó por aquellos y aquellas que se agrupaban en una categoría de “menores en riesgo social”, por los múltiples problemas socio-económicos que presentaban. Estos problemas incidían en la sociedad y aumentaban los factores de riesgo para que los derechos fueran violentados.

Las primeras legislaciones de derechos de niñez y adolescencia, creadas a finales del siglo XIX y principios del siglo XX como normas garantistas, surgen como una forma indirecta de preocuparse por la sociedad y no, como un fin primordial, la persona menor de edad. Los y las niñas eran consideradas objeto de derecho, dentro de la concepción de la Doctrina de la Situación Irregular.

Las relaciones adulto (a) – niño (a) se caracterizaban por basarse en el poder total de las personas mayores de edad, con completa ausencia del concepto de igualdad. Precisamente, esta situación se originaba porque la persona menor de edad no era considerada socialmente como sujeto de derecho.

Antes de la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño, la legislación que imperaba estaba generalizada y no se observaban claramente los derechos de los niños y niñas. En América Latina, se observan evoluciones en el Derecho de Familia a comienzos del siglo XX. En las leyes de personas menores de edad, especialmente en América Latina, los y las niñas no fueron suficientemente protegidas de la arbitrariedad privada, quedando expuestas a diversas formas de abuso público y privado.

Los antecedentes de la Convención sobre los Derechos del Niño son los siguientes: la Convención con la Carta de la ONU, la Convención con la Carta Magna de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, las declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1923 y 1959, los Pactos Internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencias o de Conflicto Armado de 1974, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de 1985 y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda de los Planos Nacional e Internacional de 1986.

La Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita en Nueva York, el 20 de Noviembre de 1989, constituye el resultado de diez años de negociación. Esta Convención está precedida por la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924) y la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1959). Estos instrumentos constituyen un proceso de internacionalización de los derechos de los niños y las niñas.

La situación imperante provocó reacciones en algunos y algunas especialistas en derechos humanos, los cuales aunaron esfuerzos para promover los derechos de la niñez y la adolescencia. Nace el Movimiento por los Derechos de los Niños, las Niñas y Adolescentes, con el propósito de que fueran considerados y consideradas sujetos sociales plenos de derechos.

A partir de la Convención de los Derechos del Niño, en el año 1989, los intereses de estos y estas se convierten en genuinos derechos, donde niños y niñas podrán expresarse con libertad. El Principio del Interés Superior del Niño ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos de esta población. La construcción jurídica de los derechos de niños y niñas ha alcanzado un importante grado de desarrollo.

Se debe mencionar que con la Convención de los Derechos del Niño, surgen los nuevos paradigmas sobre la niñez y la adolescencia. La Convención nos introduce en una concepción de niño, niña y adolescente como sujetos sociales activos y portadores de derechos.

En el preámbulo de la Convención se establece que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.”, lo cual está incluido en la exposición de motivos del Código de la Niñez y la Adolescencia.

El artículo 1 de la Convención define a niño como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Algunos países habían propuesto que se definiría al niño o la niña desde la concepción, pero la oposición de los países católicos e islámicos no permitió tal extensión, por el debate alrededor del aborto.

La edad de 18 años pudo alcanzarse por consenso, aunque con excepciones según la legislación interna de cada país. La definición de niño y niña puede traer consecuencia para la limitación de la aplicación de los derechos establecidos en la Convención. No obstante, se ha definido 15 años como la edad mínima para que una persona menor de edad pueda participar en los conflictos armados o para que sea reclutado en cualquier fuerza armada y de 18 años como mínimo para aplicar la pena de muerte y la condena privativa de la libertad en forma vitalicia.

El artículo 3 de la Convención establece el principio de “Interés Superior del Niño” como consideración primordial, en todas las medidas que le afectan. Algunos y algunas especialistas señalan que este principio, debilita la concepción de los niños y las niñas como sujetos de derecho, puesto que el goce y el ejercicio de los derechos estarían condicionados a eventuales conflictos con el interés del niño. Este principio podría tener consecuencias negativas para la niñez, por la identificación entre el interés superior del niño y la niña con los valores superiores de la familia, la sociedad o la cultura.

El artículo 5 de la Convención estipula el papel del progenitor y la progenitora en el ejercicio de los derechos del niño y la niña. En la discusión de este artículo, el Grupo de Trabajo que se comisionó para la elaboración del documento debatió acerca de los valores tradicionales familiares.

Senegal planteaba que debía incluirse una norma, que obligara a los niños y las niñas a respetar al padre y la madre. Alemania Federal, por su lado, proponía que se fijará una edad, en la cual la persona menor de edad podía ejercer sus derechos sin necesidad de contar con representación legal ni el asentimiento del padre y la madre.

Los derechos establecidos en la Convención pretenden modelar la relación entre el niño y la niña con la sociedad, más que contra su padre o su madre o en la familia.

En diversos artículos de la Convención, se establece la obligación del Estado para proteger y garantizar los derechos del niño y la niña. En relación con el padre y la madre, la Convención señala que ellos y ellas deben permitir que las personas menores de edad puedan ejercer sus derechos y orientarlos en el ejercicio de los mismos. El Estado tiene la obligación de respetar la dinámica entre el padre, la madre y el niño o la niña, además de colaborar con el padre y la madre en el cumplimiento de sus responsabilidades.

La Convención supera el paradigma liberal, según el cual la familia es la responsable de la crianza de la persona menor de edad y en donde se invisibilizaba la obligación estatal por la educación. En la Convención no existe ningún órgano internacional para fiscalizar el cumplimiento de los derechos declarados. Sin embargo, la Convención constituye un nuevo paradigma social, como resultado de la evolución de las relaciones entre el niño, la niña, la familia y la sociedad.

El derecho de la niñez o derecho infantil es la legislación destinada a proteger los derechos de la persona menor de edad. En el marco de la ley, los niños y las

niñas están considerados bajo dos aspectos: como individuos que gozan de una posición especial y, en particular, en lo relativo a lo que se les consiente hacer.

Dentro del Derecho de Familia, sin embargo, se ha tenido que esperar hasta el siglo XX para que el Derecho interviniera en sus vidas, ya que en otro tiempo eran el padre y la madre (y el padre por regla general) los que regían las vidas de sus hijos e hijas.

En la mayoría de los sistemas legales, los intereses de la persona menor de edad prevalecen sobre cualquier otra cuestión.

La relación entre el padre, la madre e hijos e hijas queda reflejada en el plano legal en la expresión 'responsabilidad de los padres' para con el y la hija, la cual conlleva una serie de obligaciones como la educación del hijo y la hija y la decisión de a qué escuela acudirá, aunque el énfasis primordial recae sobre el deber de criar al niño y la niña. Este tipo de responsabilidad amplía la postura legal anterior más elemental —el deber que existe en Derecho penal a no dañar ni descuidar a un niño y niña— a todos los aspectos asociados a la condición de ser padre y madre. Desde el momento en que el padre y la madre reconocen al hijo e hija, adquieren esta responsabilidad y, la seguirán teniendo, aunque se divorcien o separen. Si el y la hija no es reconocida legalmente, la responsabilidad corresponde sólo a la madre, aunque el padre puede acudir a un tribunal para pedir que se le otorgue esta responsabilidad, lo que en nuestra legislación se le puede otorgar excepcionalmente.

Los y las niñas, como motivo de disputa, se produce cuando el padre o la madre comienzan a tener dificultades dentro de la relación de pareja o ex pareja. En tales casos, los tribunales tienen el poder para determinar lo que sucederá con los y las hijas. Sin embargo, el tribunal no debe pronunciarse si es posible resolver la cuestión por medio de un acuerdo entre el padre, la madre y los y las hijas.

En tales casos, la cláusula más importante es la de residencia, que determina dónde han de vivir los y las hijas. En la gran mayoría de los casos se concede a la madre. Cuando resulta así se dispone, se debe permitir que el y la progenitora que no vive con los y las niñas pueda verlos de forma periódica y con regularidad.

Otras cláusulas hacen referencia a temas específicos y son utilizadas para resolver desacuerdos concretos, como el tipo de escuela a la que asistirá el y la niña.

Las cláusulas de medidas prohibidas, que se utilizan casi siempre en los casos de mayor dificultad, donde se puede impedir que el padre o la madre se lleve al niño y la niña al extranjero, si existe el temor de que no tenga intención de regresar.

En todos los casos en que los y las niñas sean parte implicada, el tribunal está obligado a considerar el bienestar del niño y la niña como primer elemento a tener en cuenta. En estos casos no se siguen las reglas estrictas de presentación de pruebas, tomándose en consideración cualquier factor relevante antes de adoptar una decisión.

Una parte esencial de las leyes de protección a la persona menor de edad hace referencia a las competencias de que disponen las instituciones estatales para intervenir cuando se cree que los y las niñas se encuentran en una situación de riesgo. Estas instituciones corren el peligro, por una parte, de ser criticadas por no tomar ninguna medida que hubiera podido evitar daños graves al niño y la niña, o incluso su fallecimiento, y por otra, de ser acusadas de exceso de celo profesional al apartar a los y las niñas de sus familias. Este segundo aspecto ha dado como resultado la restricción, en el Derecho contemporáneo, de los amplios poderes discrecionales con que cuentan los y las trabajadoras sociales y la participación de

los tribunales, en una etapa bastante temprana del problema, para dictar medidas que debían aplicar dichos asistentes.

La ley refuerza asimismo la política de los servicios sociales de intentar resolver los problemas para evitar la ruptura de la familia. Con este fin se utiliza por lo general la cláusula de supervisión, que proporciona una base formal a la labor del asistente social.

Los casos más serios pueden necesitar una cláusula de asistencia, que deja la responsabilidad del padre y la madre en manos de la autoridad local, lo que conllevará que el y la niña sea apartado de su familia y enviado con otra.

Si los problemas se resuelven el y la niña volverá con su familia, pero si no es así, se pedirá al tribunal que permita que el y la niña pueda ser dada en adopción, si es pequeña, o pueda ser ingresada en alguna institución de auxilio a la infancia hasta que alcance la mayoría de edad.

En los casos urgentes, el tribunal determinará una cláusula de protección de emergencia para posibilitar que el y la niña sea apartada de un entorno que se considera peligroso. El conocimiento reciente de la amplitud del abuso sexual infantil ha proporcionado especial trascendencia a estas decisiones. Lo que en muchas instancias se consideraba una injusta acusación del padre o la madre, de acuerdo a lo establecido por el viejo sistema legal, ha desembocado en una mayor participación de los tribunales en el marco legislativo actual. El problema además empeora porque, a menudo, la única prueba para establecer que se trata de un caso de abuso, la constituyen declaraciones efectuadas por niños y niñas muy pequeñas.

Recientemente se ha producido un avance en el derecho estableciendo los mecanismos jurídicos que garantizan que, en el caso de que el padre y la madre estén separados, el y la progenitora que no viva con el y la niña pague el costo de

la mantención y educación del hijo y la hija, reemplazándose así los inadecuados métodos aplicados hasta entonces.

Este nuevo régimen ha recibido numerosas críticas. El padre o madre ausente se queja que las cláusulas que se aplican imponen exigencias que son desproporcionadas y onerosas, sobre todo para aquel que tiene ya una segunda familia.

Por la presencia de múltiples posibles procesos judiciales, en donde se resuelva aspectos relativos a la vida de la persona menor de edad, resulta de importancia identificar el derecho de participación sobre el procedimiento judicial.

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño estipula el derecho de participación de las personas menores de edad, de la siguiente manera:

**“1. 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 la madurez del niño.**

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

En nuestro país, como corolario, en el artículo 105 del Código de la Niñez y la Adolescencia, reza lo siguiente:

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

El derecho de participación de las personas menores de edad, contemplado en estos dos artículos, tiene dos posibilidades:

a) El derecho del niño y la niña a expresar, en forma libre, su opinión en toda cuestión que le concierne.

b) Aplica el derecho de participación a los procesos judiciales y administrativos.

En algunas aplicaciones del derecho comparado, las personas menores de edad pueden opinar en los colegios secundarios públicos; en las Municipalidades y el médico está obligado a informar al niño o la niña, como ocurre en Francia.

En el segundo caso, puede mencionarse las siguientes posibilidades:

- **el proceso penal juvenil, donde la persona menor de edad víctima de algún delito o contravención puede participar;**
- **la persona menor de edad como actor o demandado, en procesos iniciados contra o por una tercera persona no familiar, como una colisión que involucre a un niño o una niña;**

- **y en procesos donde las partes son familiares y la persona menor de edad está implicado, como los procesos de guarda, crianza y educación.**

En gran parte de los países, los niños y las niñas tienen dificultades para acceder a la justicia. El sentido etimológico de la palabra “infante” deriva del francés “enfant”, que quiere decir “aquel que no habla”. El concepto tradicional es que la persona menor de edad aún es muy joven para opinar respecto de un asunto.

Los niños y las niñas tienen derecho a expresarse en *todos los asuntos que lo afectan* como una litis de divorcio, separación judicial, guarda, crianza y educación, régimen de interrelación filial y alimentos. La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados Partes a dictar leyes, donde se regule el derecho de participación de las personas menores de edad o, si existen las normas correspondientes, a otorgarles una nueva interpretación jurídica.

No obstante, la gran mayoría de los países no ha promulgado ninguna legislación del derecho de participación.

Los ordenamientos jurídicos nacionales transitan por tres diversas etapas de evolución jurídica:

- a) El niño y la niña están sometidos a la autoridad paterna absoluta**
- b) El legislador y la legisladora dictan leyes para proteger a la persona menor de edad de la explotación laboral, comercial y sexual.**
- c) El niño y la niña son titulares de derechos propios, los cuales pueden ejercer contra los propios padres.**

En la última etapa, el paradigma de la persona menor de edad se transforma, al respetársele como niño o niña, y no considerársele como hombre del futuro o como mujer en miniatura.

En otros países, se han dictado las siguientes normas jurídicas:

- a) el artículo 10 del *Children Act* de 1989, promulgada en Inglaterra, señala el derecho del niño y la niña de acceder a la justicia y poder solicitar la modificación o eliminación de medidas relacionadas con el domicilio (*residence order*); el derecho de visitas o prohibiciones que se le han impuesto
- b) en Grecia, los niños y las niñas tienen el derecho de expresar la opinión en los procesos de divorcio de sus padres, conforme la ley de 1983
- c) en Holanda, la persona menor de doce años puede rechazar el derecho de visitas acordado después de un divorcio, para lo cual puede llamar telefónicamente al Juzgado o enviar una carta, según una ley creada el 13 de setiembre de 1990
- d) en España, las personas menores de edad tienen el derecho de participación en la separación, divorcio o nulidad matrimonial, cuando se discuta el cuidado, la educación y las relaciones paterno- materno- filiales, siempre que tenga más de 12 años y capacidad de comprensión
- e) La *Danish Legal Incapacity Guardianship* señala que cuando la persona menor de edad alcanza los 12 años de edad, el juez o la jueza deberá discutir con él o ella, las decisiones referentes a la guarda, crianza y régimen de interrelaciones paterno- materno- filiales.

- f) En Argentina, la legislación señala que la persona menor de edad puede participar en procesos de divorcio, en la atribución de la Patria Potestad en la familia extramatrimonial, la caducidad de la Patria Potestad y la asistencia educativa. El niño o la niña pueden asistir con un abogado, una abogada o una persona de confianza. El juez escucha los deseos y pretensiones de la persona menor de edad y, por tal motivo, no se causa ninguna indefensión a las partes, al celebrar la audiencia sin presencia de ellas. El Estado puede nombrarle un o una abogada, en forma gratuita, al niño o la niña. La persona menor de edad tiene las mismas facultades procesales que una persona mayor de edad, tales como accionar ante determinada vía, presentación de pruebas, la apelación de la sentencia, entre otras (Kelmemajer, 1994: 157).

La redacción del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, sugiere que el Estado Parte deberá promulgar una ley, en donde se establezca la obligación del derecho de participación de las personas menores de edad.

No obstante, los y las juezas y los y las funcionarias administrativas también están obligadas a otorgarle participación al niño o a la niña, porque la norma comentada no es programática. Las leyes internas que establezcan la facultad del juzgador o la juzgadora, para participar a las personas menores de edad, deben reinterpretarse a partir de la ratificación de la Convención, como una obligación incuestionable de los y las juezas en escuchar al niño o la niña.

La remisión del artículo 12 de la Convención a “la compatibilidad con las normas de procedimientos de la ley interna”, acarrea el debate entre si la norma puede ejecutarse en sí misma o si los procesos requieren modificaciones.

La Corte de Casación de Francia, resolvió el 10 de marzo de 1993, que la Convención no establece un derecho subjetivo a las partes de un proceso judicial, sino la obligación del Estado de promulgar una ley, donde establezca las reglas para participar a la persona menor de edad. La Corte de Casación afirmó que el artículo 12 de la Convención no resulta autoejecutable, sino que requería crearse una ley interna particular al tema. La doctrina francesa reprochó a la Corte de Casación, el retraso de la aplicación de normas progresistas para las personas menores de edad.

## **- Nacional- Estructura del Poder Judicial**

El derecho está relacionado con la coacción, ya que regula las relaciones sociales. Entra en el escenario el vocablo poder. Una condición de un Estado Democrático constituye que el poder estatal se autolimita al incorporar valores éticos- jurídicos en los ordenamientos jurídicos como la dignidad, la igualdad, la seguridad y la libertad.

La democracia significa un ejercicio democrático del poder. Los valores éticos- jurídicos se ubican en la escala normativa, que se denomina Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos se encuentran presentes en las Constituciones Políticas, en los Tratados y en las Convenciones. Esta última fuente, requiere ratificarse por un Estado para obligarse a incorporarlos en su ordenamiento jurídico interno.

La autolimitación del Estado por medio del ejercicio democrático, que teóricamente es la representación de la voluntad colectiva del pueblo, hace posible el lapso de las aspiraciones de esa colectividad, al asumir los Derechos Humanos como principios que se traducen en normas. Las normas jurídicas son la base de la legitimidad, la cual debe basarse en el consenso.

El fin último y/o prioritario del Derecho y de los Derechos Humanos es crear, proporcionar y promover instituciones como la Familia y elaborar leyes que la protejan, donde se encuentran implícitamente la protección de las personas menores de edad.

Nuestro sistema político, democrático y representativo asumió como forma de gobierno el sistema republicano, el cual divide el ejercicio de las principales potestades en tres poderes:

- El Poder Legislativo
  
- El Poder Ejecutivo
  
- El Poder Judicial

El Poder Judicial constituye una de las divisiones del poder estatal, sobre el cual descansa el pacto social y el principio de soberanía. A través de la historia, el Poder Judicial ha representado la garantía de un juzgamiento “justo”, objetivo e imparcial.

En nuestro país, el Poder Judicial ha sido una institución históricamente arraigada desde la concepción del Estado Moderno. En la Constitución Política del año 1949, se ha establecido como garante del cumplimiento de una justicia pronta y cumplida. Al Poder Judicial corresponde la potestad de realizar una de las tareas más importantes dentro de las funciones del Estado: la función jurisdiccional. Esa función constituye la actividad de resolver conflictos de orden jurídico.

La introducción de la perspectiva de género ha relativizado los caracteres históricamente apropiados por el Poder Judicial. La objetividad e imparcialidad del sistema jurídico como tal, se de-construye a partir de la negación del paradigma masculino como sujeto de derecho y el reconocimiento de las desigualdades sexuales.

La jurisprudencia se entiende “como la potestad del Estado de resolver los conflictos aplicando el derecho a los casos concretos, para determinar cual de los litigantes tiene la razón jurídica”. (Corrales, 2000: 31). En materia de Derecho de Familia, corresponde a los Juzgados resolver, entre otras pretensiones, la guarda, crianza y educación de las personas menores de edad, los cuales son planteados por el o la progenitora.

El punto de partida de la sistematización del derecho de menores en Costa Rica, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño. Este instrumento internacional se ha convertido en el eje del derecho de las personas menores de edad en nuestro país. La legislación interna y la jurisprudencia se ha enriquecido con los preceptos de la Convención.

Una exploración del contenido de la Convención, se encuentra que desarrolla temas referentes al concepto de niño y niña, la no- discriminación, Interés Superior del Niño y Niña, el respeto a las responsabilidades, derechos y deberes del padre y la madre, la vida y desarrollo del niño y niña, registro del niño y niña desde su nacimiento, derecho al nombre, a la nacionalidad, a conocer al padre y la madre y a ser cuidados por él o ella, derecho de no ser separado del padre y la madre, derecho del niño y la niña a mantener relaciones con el padre y la madre, opinión del niño y la niña en asuntos que lo afecten, libertad de expresión, obligación del padre y la madre en cuanto a crianza y desarrollo del niño y la niña, entre otros.

La Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Política de la República representan el cuerpo de garantías fundamentales de la niñez y la adolescencia. Estos instrumentos jurídicos constituyen el eje del derecho de familia y de las personas menores de edad costarricenses, siendo su doctrina –la de la protección integral- la que informa los cuerpos normativos muy recientes y específicos, como el Código de Niñez y Adolescencia.

Pocas áreas del derecho han sido sometidas, en los últimos años, a tantas innovaciones legislativas, como el derecho de familia.

La legislación familiar se caracteriza por estar diseminada en varios cuerpos normativos. Cuando se piensa en los problemas que plantea la legislación de familia y, concretamente, en materia de personas menores de edad, necesariamente debe hacerse un inventario de la existente. Para efectos del presente trabajo, se considera pertinente mencionar aquella legislación que involucra derechos atinentes a esta población.

Así tenemos lo siguiente:

Antes de 1994:

- Constitución Política y la profusa jurisprudencia vinculante en torno al tema.
- Tratados Internacionales como la Convención Sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país en 1990.
- Artículos 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
- El Código de Bustamante, ratificado con reserva en 1928.

- En un nivel legal, el Código de Familia promulgado en 1973 y publicado el 5 de febrero de 1974, entrando en vigencia seis meses después (con reformas en los años de 1976, 1977, 1989 y 1990), el cual sustituía una parte del Código Civil de 1888.
- En 1953, se había promulgado una Ley de Pensiones Alimenticias que había suplido una de 1916.
- El Código de la Infancia, promulgado en los años treinta.
- En un nivel procesal, el 3 de mayo de 1990 entra en vigencia el Código Procesal Civil, el cual posterga por razones económicas la utilización de un sistema oral.
- El Código Penal instituía la parte punitiva del derecho de familia.
- La Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia de 1964 y algunos reglamentos sobre salidas de menores, de declaratoria de abandono, de depósito de bienes de menores, etcétera.
- En el aspecto registral, es de importancia la Ley del Registro Civil.

Luego de 1994:

- Ratificación del Convenio para la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional (17 de julio de 1995).
- Ley de Justicia Tributaria que dispone sustituir Timbre de Niño Abandonado (14 de setiembre de 1995)

- Reformas al Código de Familia y otras normas en materia de adopción y declaratoria de abandono (20 de octubre de 1996)
- Ley de Igualdad para Personas Discapacitadas que reforma varios artículos del Código de Familia (29 de mayo de 1996)
- Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (20 de diciembre de 1996)
- Ley de Pensiones Alimentarias (23 de enero de 1997)
- Ley N° 7688 de Tarjeta de Identidad para los Costarricenses mayores de Doce años y Menores de Dieciocho (publicada el 8 de setiembre de 1997)
- Ley N° 7735, Ley General de Protección a la Madre Adolescente (publicada el 19 de enero de 1998)
- Código de la Niñez y de la Adolescencia (publicado el 6 de febrero de 1998)
- Ley N° 7746, Aprobación de la Adhesión al Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción de menores (publicada el 17 de marzo de 1988).

En cuanto a los orígenes de leyes y convenciones, respecto a la protección de las personas menores de edad, es importante mencionar como se ha manifestado su desarrollo histórico.

Existen múltiples documentos, incluyendo leyes y convenciones, en pro del bienestar de las personas menores de edad, los cuales surgen después de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, mediante ley n° 7184 del 18 de julio de 1990.

La Convención de los Derechos del Niño es un instrumento de derechos humanos, en donde existe una obligación legal y ética de adecuar la legislación interna a la Convención.

La legislación de derecho de la niñez y la adolescencia inicia con la Ley General de Guarderías Infantiles y Hogares Escuela, ley N° 7380 del 24 de febrero de 1994. El 7 de setiembre de 1994, se promulga la Ley de Fomento a la Lactancia Materna N° 7430, cuyo fin consiste en promover la nutrición segura y suficiente para el y la lactante, a través de la educación de la familia; la inclusión de una política pública de promoción de la lactancia materna y la regulación de sustitutos de la leche materna.

El 17 de julio de 1995 se aprobó el Convenio de la Haya, mediante ley N° 7515, en donde se establecen una protección para que las adopciones internacionales estén informadas por el Interés Superior del Niño y la Niña; se respeten los derechos humanos inherente a la niñez y a la adolescencia y se establece un sistema de cooperación entre el Estado del adoptado o adoptada y el Estado del adoptante o para prevenir la sustracción, la venta y el tráfico de niños y niñas.

Bajo el influjo de la Convención de los Derechos del Niño se reforma el Código de Familia para regular las adopciones y la declaratoria de estado de abandono.

El 19 de diciembre de 1997 se promulga la Ley General de Protección a la Madre Adolescente, por ley N° 7735, donde se establecen políticas públicas tendientes a prevenir y apoyar la maternidad adolescente, a través de la ejecución de programas dirigidos. Se crea el Consejo Interinstitucional de Atención a la Madre Adolescente, adscrito al Ministerio de Salud.

El 06 de febrero de 1998 se establece el Código de la Niñez y la Adolescencia, a través de la ley N° 7739, donde se estipulan los principios generales de los derechos del niño y la niña y se establece una definición de niñez, adolescencia, discriminación, Interés Superior; el principio de opinión, el principio de participación; el rol y la responsabilidad de la familia, la comunidad y el Estado frente a la protección integral de los derechos del niño y la niña.

En el Código de la Niñez y la Adolescencia, se reconoce el derecho y la libertad de pensamiento, de expresión, de creencia y de culto, de tránsito, de asociación; a la información; de la personalidad; de acceso a la justicia; a la vida familiar y a la protección contra cualquier tipo de abuso y explotación. Estos derechos y libertades no habían sido reconocidos en la Doctrina de la Situación Irregular. El Código regula el derecho a la salud, a la educación, a la cultura y a la recreación de las personas menores de edad. Además, se estipula el sistema integral de protección especial para el y la adolescente trabajadora y un dispositivo de protección para los niños, las niñas y adolescentes que ejecutan labores no remuneradas, aunque no tengan la edad legal para trabajar.

El Código estipula las garantías procesales de los niños, las niñas y adolescente frente a las actuaciones de las autoridades jurisdiccionales y establece el procedimiento administrativo y judicial de protección. Por último, se determina la creación del Sistema Nacional de Protección Integral, como entidad encargada de garantizar por la protección integral de los derechos de las personas menores de edad, a través de las instituciones que la conforman.

En la actualidad, la persona menor de edad es sujeto de tutela desde el punto de vista social, político, psicológico y jurídico. En los últimos tiempos, se ha podido observar la emergencia de una mayor sensibilidad hacia los problemas que sufren los y las infantes y los y las adolescentes.

Esta sensibilidad evidencia la preocupación por proteger, a quienes por su falta de madurez pueden ser fácilmente manipulados y manipuladas por quienes tienen mayor poder. Por otro lado, las personas menores de edad demandan que se les atienda en sus necesidades. Estas confluencias han originado la creación de un marco jurídico de protección de los derechos de las personas menores de edad, que pretende adecuarse a las exigencias de esta época.

Algunos y algunas especialistas de los derechos de la niñez y la adolescencia señalan que el procedimiento vigente en Costa Rica, no garantiza el derecho de participación de las personas menores de edad, a pesar de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño. Este hecho sugiere que el niño y la niña continúan considerándose como objeto de derecho.

Los y las funcionarias judiciales requieren abandonar las concepciones estructurales jerárquicas familiares y adaptarse a círculos concéntricos de poder. “Si ello es así en las relaciones familiares extrajudiciales, si es imprescindible que los padres escuchen a sus hijos en el proceso gradual formativo de su personalidad, es lógico que el juez también resuelva habiendo escuchado al menor en aquellos asuntos en los que está implicado”. (Kelmemajer, 1994: 167 y 168)

La escucha del niño o la niña, por parte del juzgador o la juzgadora, significaría la credibilidad de la justicia para las futuras generaciones.

Los y las sujetos del derecho de participación corresponden a toda persona menor de edad con capacidad para comprender y “de distinguir lo que está bien de lo que está mal; aquel que tiene un mínimo de razón.” (Kelmemayer, 1994: 172). La capacidad de la persona menor de edad se relaciona con la edad y el grado de madurez, las cuales son categorías fácticas.

La legislación interna puede definir una edad mínima, para que la persona menor de edad pueda participar en un proceso judicial, aunque la Convención no establezca tales parámetros.

La persona menor de edad puede comparecer al proceso judicial en cualquier instancia y momento procesal, para lo cual no requiere estar citado. El niño o la niña tienen la posibilidad de opinar del asunto o decidir quedar afuera de la litis judicial. La participación de la persona menor de edad no resulta obligatoria y, requiere mantenerse abierta, la opción de no opinar al respecto. “Para algunos es un medio de información para el juez. En realidad, se trata de que el menor no sólo sea el destinatario de la decisión judicial, sino una persona cuyos intereses puedan ser oportunamente considerados y evaluados; la audición, entonces, favorece la mejor ponderación de las exigencias y de las necesidades de quien está involucrado en la resolución judicial.” (Kelmemayer, 1994: 173). No obstante, la autora señala que resulta lesivo para la propia persona menor de edad, que esté ubicado en el núcleo del proceso judicial.

La opinión de la persona menor de edad no constituye un medio de prueba ni aporta información adicional al juez, para resolver una determinada situación. Las necesidades y los intereses del niño o la niña constituyen el criterio principal de evaluación, por parte de los juzgadores.

La Convención establece que la participación sea directa, por un representante o por otro órgano. El juez o la jueza deberán interpretar la norma de la Convención y ponderarlo en relación con el caso concreto. La persona menor de edad puede estar asistida por un o una profesional en derecho, aunque no requiere el nombramiento de un o una Curadora Procesal, tal y como lo estipula el Código Procesal Civil. La audiencia requiere intimidad entre el juez o la jueza, la persona menor de edad y alguna persona de confianza, como el y la abogada u otro y otra adulta.

Resulta inconveniente que el padre, la madre o los y las abogadas de los padres, estén presentes cuando declare el niño o la niña. No es necesario que la persona menor de edad se traslade hasta el asiento físico del juzgado, ya que el juez o la jueza pueden acudir hasta donde éste o ésta. En las entrevistas requiere conservarse la privacidad, sin que trasciendan las declaraciones a medios de comunicación de masas.

El juez o la jueza deben tener claro que el derecho de opinión de la persona menor de edad, no implica que tenga que aceptar incondicionalmente el deseo del niño o la niña, sino que resolverá priorizando el interés de él o ella. El y la funcionaria judicial está en la obligación de escuchar los argumentos del niño o la niña y valorarlo, aunque no comparta la solución planteada. El juez o la jueza pueden no citar a la persona menor de edad, si el proceso o las circunstancias lo impusieran, para impedir que constituya un instrumento negativo para el niño o la niña.

El derecho de participación requiere una reinterpretación en las instituciones gubernamentales, a través del prisma de la protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia. "...las consideraciones fundamentales vertidas en el artículo 5 son tres, a saber: la reafirmación del rol natural de los padres en la crianza y educación de los niños; la confirmación de que son los niños mismos quienes ejercer sus derechos; y la introducción al concepto de la evolución progresiva de la competencia del niño a ejercer sus derechos con creciente autonomía, que permite superar una aparente contradicción entre los dos primeros conceptos." (O' Donnell, 2001: 23).

La solución final del proceso judicial pretende que se vele por el Interés Superior del Niño y Niña, el cual está contemplado en nuestra legislación, desde la promulgación de nuestro Código de Familia.

Con el principio del “Interés Superior del Niño, corresponde a éste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades, convertidos en derechos. Las personas menores de edad asumen a partir de esta ideología un papel importante en un nivel personal, familia y social. Ello quiere decir que las autoridades administrativas, judiciales y de cualquier otra índole orientarán su actuación con base en el bienestar de los niños, niñas y adolescentes” (Rodríguez, 1994: 1).

Las personas menores de edad, según el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, exigen el derecho de ser oídas, de expresar libremente sus opiniones sobre todo lo que le atañe a su vida y de participar como miembros de pleno derecho de la sociedad.

Este artículo involucra cuatro aspectos básicos, los cuales se resumen en los siguientes párrafos:

- **Los y las niñas poseen un valor igual como seres humanos.**
- **Que el interés del niño y la niña debe ser una consideración primaria.**
- **Que es necesario otorgar la debida importancia a las opiniones del niño y la niña.**
- **Que todos los y las niñas tienen derechos.**

El derecho de participación de las personas menores de edad, en relación con la incidencia del poder del Juez o la Jueza, debe comprobarse en la realidad cotidiana de los procesos judiciales; de allí la importancia de conocer los antecedentes del tema y del problema de investigación.

Se revisó material bibliográfico para conocer la existencia de trabajos referentes al tema de estudio, y no se encontró información al respecto. Lo anterior hace concluir, que el tema es novedoso y beneficiará a las personas menores de edad y la práctica judicial.

Existe suficiente material teórico que promueve los derechos civiles, políticos y sociales de las personas menores de edad. Dicho material, permitirá la elaboración de un marco teórico para, posteriormente, corroborarlo con el material empírico que se obtendrá en las fuentes primarias y secundarias.

No existen estudios específicos del tema, pero se comprobó que existen directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales, dentro de las cuales son básicas las referentes a:

- **Prontitud del proceso e interés del niño y la niña.**
- **Derecho de información.**
- **Forma de interrogatorio.**
- **Condiciones de la entrevistas.**
- **Declaración del niño y la niña.**
- **Acompañamiento en los procesos judiciales.**

## **La estructura del Poder Judicial en materia de Familia y Tutela de Menores. Ubicación de los Juzgados de Familia.**

### **- Estructura del Poder Judicial**

Para describir la estructura del Poder Judicial en materia de Familia y Tutela de Menores, se debe comprender que su existencia es posible a partir de la promulgación de una ley específica que lo establezca, de acuerdo al principio de legalidad y conforme las atribuciones de la Asamblea Legislativa, dispuesta en el artículo 121 inciso 20 de la Constitución Política.

En lo relativo a la jurisdicción y el número de los tribunales, así como sus atribuciones y los principios a los cuales deben ajustar sus actos, necesariamente debe estar regulado por ley, según lo establecido en la Carta Magna, mediante el numeral 166.

Como parte integrante de la Jurisdicción de Familia, se deben comprender los despachos judiciales que conocen: Familia, Pensiones Alimentarias, Violencia Doméstica y Niñez y Adolescencia, de acuerdo con los artículos 55, 90, 106 y 120 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 6 de la Ley contra la Violencia Doméstica y el Transitorio II del Código de la Niñez y la Adolescencia.

### **- Creación de los Juzgados de Familia**

El día 19 de julio de 1993, en Sesión de Corte Plena, se crean los Juzgados especializados en materia de Familia para las cabeceras de provincia, después de conocer el presupuesto del Poder Judicial. La creación de los Juzgados se efectúa en el mes de mayo del 1994, en Cartago, Alajuela, Heredia, Puntarenas, Limón y Liberia.

## **- Funciones de los Juzgados de Familia y su ubicación geográfica en Costa Rica**

En 1994, en las Sesiones de Corte Plena de los días 23 y 30 de mayo, se define que todos los expedientes en que se conocieran asuntos de familia, que estuvieran en trámite en los juzgados civiles, debían ser trasladados a los despachos especializados.

El 4 de julio de 1994, también en el artículo 14 de la Sesión de Corte Plena, se define la competencia territorial de los despachos especializados de Familia, estableciéndose que sería para toda la provincia en la que se encontraban asentados.

El día 16 de mayo de 1997, entra en funciones el Juzgado de Familia de San Carlos; en octubre del año 2000, el Juzgado de Violencia Doméstica de Goicoechea, que fue creado mediante Ley N° 8128, publicada en La Gaceta N° 177 del viernes 14 de setiembre del año 2001, y en enero del 2001, los de Violencia Doméstica de Heredia, Cartago y Alajuela, creados mediante la Ley N° 8129, publicada en el Alcance a La Gaceta N° 182 del viernes 21 de setiembre del 2001. En enero del 2003 se crearon los Juzgados de Violencia Doméstica de Limón y Puntarenas.

En la sesión N° 22-00 del 5 de junio del año 2000, se crea la Sección Especializada en el Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, para el conocimiento de los procesos atinentes a Niñez y Adolescencia, con competencia en Desamparados, Hatillo y los Circuitos Judiciales Primero y Segundo de San José, el cual entraría en funciones a partir del mes de julio de ese mismo año. Posteriormente, en febrero del año 2001, se crea ya como despacho autónomo, definiéndose que conocería de las declaratorias de abandono, las adopciones y los procesos especiales de protección, regulados en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

## **- Descripción de los procesos atinentes a guarda, crianza y educación de las personas menores de edad.**

El proceso es una institución jurídica, mediante la cual los órganos a los que el Estado tiene encomendada la función jurisdiccional resuelven los diferentes conflictos de intereses relevantes en el plano jurídico que se producen en cualquier forma de convivencia humana. El propio carácter social de la persona lleva consigo la existencia de una conflictividad entre los y las miembros de la sociedad que debe ser regulada por el Derecho.

Cuando las personas que han generado el conflicto no lo resuelven de forma voluntaria (a través de un arreglo amistoso o transacción, o por medio del sometimiento al arbitraje), se hace necesaria su regulación coactiva que se lleva a cabo a través del proceso, al que también se denomina pleito, litigio, juicio o lite.

El proceso se inicia con una petición a los tribunales realizada por las partes o litigantes, petición que, de acuerdo con el lenguaje jurídico, se denomina pretensión, y que el órgano jurisdiccional actúa o deniega, según parezca o no fundada en Derecho.

Los y las sujetos que intervienen en el proceso son tres: el que hace la reclamación o formula la pretensión (llamado actor, actora o demandante), el sujeto a quien se dirige la pretensión (que es el demandado o demandada) y el órgano jurisdiccional que decide si da la razón o no al o la demandante, decisión que se impone de forma coactiva a las partes.

Este esquema es el propio de los procesos civiles, aunque constituye el esquema típico, reproducido de una forma fácil en otros órdenes jurisdiccionales, entre estos el familiar.

El proceso se compone de una pluralidad de actos encadenados entre sí, de modo que los actos anteriores justifican y son requisito de validez de los posteriores. Este encadenamiento se denomina procedimiento. El proceso familiar comienza con la demanda, en la que el y la demandante exponen los hechos y los argumentos jurídicos en los que basan su pretensión.

A la demanda contesta el y la demandada, que puede observar una de estas situaciones: allanamiento, si está de acuerdo con lo solicitado por el y la demandante y se allana a cumplir lo que ésta le exige; oposición, si ocurre lo contrario, en cuyo caso formulará excepciones, es decir, argumentos que tienden a contrarrestar o quitar eficacia a lo que el y la demandante propone; por último, cabe la reconvencción, que supone que el y la demandada se convierte a su vez en demandante y contesta a la demanda planteando, a su vez, otra demanda contra la parte opuesta.

A continuación viene la fase probatoria, en la que cada una de las partes propone las pruebas que se quiera hacer valer (confesión, testimonio, pericia, documentos, reconocimiento del/la juez y prueba de presunciones). El procedimiento termina con la sentencia, donde se dicta la resolución del caso y se pronunciará sobre quién tiene que soportar las costas del procedimiento.

El y la litigante que no queda satisfecha con la resolución judicial tiene abierta la posibilidad de formular recursos contra la sentencia.

En los casos de los procesos de guarda, crianza y educación impera el mismo tipo de procedimiento, solo que la pretensión es relativa a la guarda, crianza y educación de niños y niñas. La persona que acciona puede tener o no la custodia del hijo o la hija.

## **- Actitud de los y las niñas en estos procesos. Derecho de participación. Aptitud para ser oídos.**

En relación con este tema, o consideraciones en torno a la práctica del derecho de participación de las personas menores de edad, no se ha encontrado autores/as que den un aporte conceptualizador de lo que constituye el derecho de participación.

Si aluden al derecho que tienen el niño y la niña de ser oídos/as en los procesos. Estos y estas autoras hacen referencia al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, sin ninguna propuesta doctrinaria de definición ni ejecución práctica. No obstante lo anterior, se encontró una obra que dirigió la Doctora Inés M. Weinberg, profesora de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, en la cual se comentó la primera parte de la Convención Sobre los Derechos del Niño. En esta obra uno de los temas objeto de investigación fue el aspecto referido a la libre opinión del niño o la niña.

En el estudio, se analizó las implicaciones del derecho de los y las niñas a manifestar su opinión en asuntos que les sean de su propia incumbencia, así como el derecho a ser escuchados en todo procedimiento en el que se diriman cuestiones que los afecten. El estudio parte del análisis del artículo 12 de la Convención “el cual establece que la opinión del niño debe ser tomada en cuenta, en consideración a la edad y al grado de madurez del mismo, constituyendo un corolario de la libertad de expresión, como representación de la libertad de pensamiento” (Weinmberg, 2002: 190).

También se cuenta con el comentario que contiene el texto que se elaboró en el Módulo de Capacitación denominado Defensa de los Niños Internacional, Costa Rica en 1997, el cual en su estudio sobre los Derechos del Niño en la Convención, y concretamente en los ejes que ésta contiene, al referirse al eje de participación, señala que “ comprende las oportunidades o acceso a la gestación y toma de decisiones de las políticas públicas, consiste en una estrecha relación entre los mecanismos o formas posibles de participación y los espacios e iniciativas para expresar este proceso participativo.” (DNI- Costa Rica, 1997: 18).

Asimismo, indagando respecto al derecho de participación de las personas menores de edad, se encuentra la definición propuesta por la Fundación PANIAMOR, en el siguiente sentido: **“aquella participación que se da en forma consciente, activa y creativa con poder para incidir en procesos de manera efectiva, respetuosa y responsable.”** La anterior definición fue suministrada por la directora de dicha institución, en forma simple, sin que se indicara alguna bibliografía donde se hubiese plasmado su contenido.

En nuestro medio, el Lic. Rodolfo Vicente Salazar, en el desarrollo de un documento base sobre el Interés Superior de La Persona Menor de edad, en el punto titulado “LA PARTICIPACIÓN DE LA PERSONA MENOR DE EDAD CON LA PAUTA DEL “INTERES SUPERIOR” sostiene que “El derecho de la persona menor de edad a ser escuchada se asocia, precisamente, con la determinación de cual es “su mejor interés”. El derecho a la palabra constituye una etapa decisiva en la historia de la niñez y adolescencia. Escuchar a la persona menor de edad no es simplemente oírlo, es considerarlo y pensarlo como una persona. Cuando un juzgador quiere evaluar cual es la decisión que mejor lo favorece, se imagina una mejor calidad de vida , física y psíquica, un desarrollo más favorable, menos riesgos. Indudablemente, uno de los elementos esenciales para dicha valoración es conocer a la persona menor de edad, su personalidad, sus necesidades, sus inclinaciones o dificultades, sus derechos” (Vicente, 2001: 22).

El autor señala que “Mientras no se haga efectivo el derecho a la participación no es posible que se aplique la profundidad del paradigma del nuevo derecho de las personas menores de edad lo cual es requisito sine qua non para hacer efectivo el principio del Interés Superior y de la persona menor de edad como sujeto de derecho y no como objeto de protección” (Vicente, 2001: 22).

El Licenciado Vicente concluye diciendo que “ El Interés superior de la persona menor de edad debe estar ligado íntimamente con el derecho a la participación. No puede ni debe separarse de la posibilidad de actuación y decisión de niños, niñas y adolescentes en la búsqueda de soluciones a los problemas que les afectan. Es, en este caso una urgencia ineludible, hacer efectiva la estrecha vinculación de los derechos civiles y políticos, con los económicos, sociales y culturales y de esta forma sentar las bases para superar la visión paternalista que asume las cuestiones de la niñez y la adolescencia desde un enfoque puramente asistencial, sin promover el desarrollo de las capacidades de expresión, participación y decisión.” (Vicente, 2001: 23)

Al existir un vacío de conocimiento y de teorización al respecto, se intentará encontrar una definición del derecho de participación de las personas menores de edad en los procesos de guarda, crianza y educación, partiendo del análisis de los resultados obtenidos en la presente investigación.

## **- Local**

Puerto Limón constituye uno de los principales puertos de Costa Rica y una ciudad en donde existe un proceso activo de mestizaje y encuentro de diversas culturas, como la negra, la china, la blanca, la mestiza y la indígena.

Puerto Limón es la capital de la provincia del mismo nombre, la cual tiene nueve mil ciento ochenta y ocho kilómetros cuadrados de extensión y limita al Norte con Nicaragua, al Este con el Mar Caribe y Panamá, al Sur con la provincia de Puntarenas y San José y al Oeste con las provincias de Cartago y Heredia. Limón fue la séptima y última provincia, en que ha sido dividido nuestro país administrativamente.

Las costas caribeñas están bañadas por el verde de la vegetación, las costumbres ancestrales y una arquitectura muy particular.

En cuanto al relieve, se puede mencionar que la parte septentrional está ocupada por una llanura baja y pantanosa, mientras que el Sur se halla accidentado por la cordillera de Talamanca, donde han sido reducidos los últimos aborígenes de nuestro país. La provincia de Limón está caracterizada por la presencia de ríos caudalosos y extensos, como el San Juan, el Tortuguero, el Reventazón, el Matina, el Banano, la Estrella, el Pacuare y el Sixaola.

El clima es tropical húmedo y con abundante precipitaciones, que producen una vegetación siempre verde y una tierra fértil. La principal actividad económica es la agricultura, en donde se encuentra tierras extensas cubiertas por cultivos de banano y piña. En Limón se dio el primer contrato liberal del país, en el cual el Estado cedió miles de kilómetros, a cambio de la construcción del ferrocarril. El cacao perdió importancia como cultivo después de la epidemia de la monilia, la cual condujo a la pérdida de tierras por parte de pequeños y medianos propietarios. En menor medida, se aprovecha el coco, los frijoles, la yuca, el chile y los frutales.

En Puerto Limón tienen importancia las actividades del puerto, como principal punto de salida de exportaciones e importaciones del país, lo cual produce empleos para estibar, administrar, ingresar en aduanas y transportar las mercaderías. En esta ciudad se concentra la importación del petróleo, con las actividades afines y periféricas a tal líquido.

Limón tiene costumbres autónomas como el baile del palo de mayo, la ceremonia del matrimonio, los juegos y la presentación al templo. Entre las comidas, se puede mencionar la influencia marcada del coco, en tales como el rondón, el rice and beans, el bochinche casado y la sopa de mondongo. La música tradicional es el calypso, el cual surgió como mezcla de ritmos africanos y españoles, que convergió en Trinidad y Tobago, en las costas caribeñas de Nicaragua, Costa Rica y Panamá, principalmente. Además, se escucha el reggae, por influencia jamaicana, y el reguetón, por la relación con Panamá.

En las calles se escuchan diversos idiomas y dialectos, como el chino, el inglés, el español, el cabécar y el bribri. Sin embargo, por el proceso de aculturación, el castellano constituye el idioma prevalente y oficial.

#### **- Juzgado de Familia de Limón**

Fue creado en el mes de Junio de 1994 por acuerdo de Corte Plena. El Juzgado se encuentra ubicado en el centro de la Provincia en los Tribunales de Justicia.

Está integrado por 2 Jueces, uno encargado de conocer la materia de Familia y otro los procesos de Penal Juvenil, 1 conserje, 3 auxiliares y 1 auxiliar coordinador. En la tramitación de los procesos de guarda, crianza y educación de las personas menores de edad, participan los 3 auxiliares, distribuyéndose los asuntos de acuerdo a una numeración del 1 al 3.

El papel de los y las tramitadoras es resolver cada uno de los escritos que presentan las partes con la supervisión de los y las juezas, los cuáles velan porque se cumplan las normas procesales en lo que respecta a cuestiones meramente formales. El y la jueza supervisan todo documento y escrito, de manera que la tramitación sea la correcta, hasta que el expediente se pase a su despacho para dictar la sentencia respectiva. Cabe destacar que en los Juzgados de Familia se tramitan procesos abreviados con respecto a pretensiones como: divorcios, separación judicial, nulidad de matrimonios, suspensión de patria potestad, y modificación de guarda, crianza y educación. También procesos sumarios vía específica para aquellos asuntos de conflictos familiares, como el régimen de visitas.

También se conocen asuntos de actividad judicial no contenciosa, como el depósito de menores, las autorizaciones de matrimonio, los divorcios y separaciones judiciales por mutuo acuerdo, la insania y otros.

Retomando la intervención de los y las Juezas del Juzgado de Familia de Limón en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación se puede mencionar que en el año 2000 se atendieron 12 asuntos. La parte actora dirigió su pretensión a que se le otorgara la custodia de sus hijos o hijas.

Se debe señalar que, aunque el número de expedientes fue 12, en alguno de ellos se discutió la custodia de varios hermanos y hermanas. Se encontró que en total 20 personas menores de edad estuvieron involucradas en estos procesos. El tiempo promedio de duración de tramitación del expediente fue de año y medio a dos años, con el dictado de la sentencia.

## 1.2 Justificación

En la teoría, existen documentos que legitiman la protección de las personas menores de edad, entre ellas la Convención de los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y de la Adolescencia. No obstante, al enfrentarse los y las niñas a procesos judiciales, estos derechos parecen invisibilizarse y tornarse imprecisos e inciertos, ya que a las personas menores de edad se les participa como sujetos de hecho y no de derecho.

A través de la práctica profesional, en materia de Familia, se observa que el Interés Superior del Niño y la Niña no se concreta en las acciones judiciales, en los diferentes procesos. En el caso específico de las intervenciones de guarda, crianza y educación, este principio podría estarse violentando al no permitírsele al niño o la niña accionar en forma libre, espontánea, significativa y, a la vez, no coartarle la libertad de expresión visualizándolo (a) como un ser “no pensante” y con decisión propia.

Los y las juezas, el padre y la madre discuten sobre las situaciones de los y las niñas en los tribunales de justicia, pareciendo que el Interés Superior del Niño y la Niña se queda en lo “escrito”.

La presente investigación fue importante orientarla a la luz del cambio de Paradigma donde al niño y la niña en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación se les debe conocer, analizar y ubicar como sujetos de derecho, ya que se le violentan los derechos como seres humanos.

Al realizar este trabajo existió un compromiso como juez y jueza de la materia de Familia, en el sentido de modificar la óptica de que las personas menores de edad deben ser partícipes activos de sus propios procesos y del proyecto de vida. Este trabajo y la labor de producir conciencia, deben trasladarse a las instancias judiciales competentes, a fin de que las personas menores de edad se beneficien en lo personal, lo familiar y lo social.

Se consideraba que existe un vacío de conocimiento al respecto en el Poder Judicial y otras Instituciones, en el sentido de que existe la legislación, pero no se concretaba en acciones directas principalmente las referidas a la custodia de los y las niñas.

Con la presente investigación se logró concretar nuevos mecanismos de coordinación, directrices institucionales y teorizar para que se trabaje con las personas menores de edad en los procesos judiciales como sujetos y agentes de cambio en sus propios proyectos de vida.

Fue importante tomar en cuenta la edad del niño o niña, ya que dependiendo de su edad podría expresarse, ya sea por medio del lenguaje verbal o no verbal, lo que siente y piensa. Así, los y las adultos no decidirán con sus vidas lo que “perciben ellos” sino más bien, obedeciendo a los deseos del niño o niña siempre que no afecte su desarrollo pleno e integral. Por todo lo anterior, el tema referente al derecho de participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales revistió, sin duda alguna, especial atención. Sobre todo si se toma en cuenta que el derecho de opinión del niño o la niña deviene del contenido de una norma contemplada en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 12).

Este es un Instrumento Internacional que se creó como respuesta ante los abusos, atropellos y violaciones que se suscitaban contra esta población, la cual era considerada objetos y no sujetos de derechos.

Resulta unánime el reconocimiento de los derechos materiales a las personas menores de 18 años (derecho a la vida, a la salud, alimentación, a la educación, etcétera). No obstante, se continúa con el cuestionamiento respecto al reconocimiento de derechos no materiales (expresión, libre determinación, autonomía, participación).

Por lo anterior se realiza la presente investigación, ante la inquietud que surgió en determinar si se respetaba o no el derecho de participación de las personas menores de edad involucradas en los procesos de guarda crianza y educación en el Juzgado de Familia de Limón. Así, al irrespetarse ese derecho se estaría reproduciendo los ciclos de la violación de un derecho fundamental de este grupo de población.

No se trata solo del incumplimiento del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, sino de los efectos que produce el hecho de que se coarta la participación requerida al niño o niña con objeto de decidir a quien se otorga su guarda, crianza y educación.

La presente investigación buscó conocer la cuota de participación y forma en que fueron atendidas las personas menores de edad, cuando se trataba de definir su propia guarda, crianza y educación.

### **1.3 Delimitación y Formulación del Problema de Investigación**

**- Tema de Investigación:** La participación de las personas menores de edad en los Procesos Abreviados de Guarda, Crianza y Educación que se tramitaron en el juzgado de familia de Limón en el año 2000.

Los intereses y las necesidades de las personas menores de edad son diferentes a las personas mayores de edad. El lugar que ocupan socialmente ambos grupos es antagónico. A la persona menor de edad se le otorga menos cuotas de poder porque se les considera “menor”. Pero surge la pregunta ¿“menor” en qué sentido? De allí, la importancia de analizar los diferentes procesos y formas de participación de las personas menores de edad en ámbitos diferentes como son: educación, salud, recreación, políticas sociales, religión y, por ende, en los procesos donde media la guarda, crianza y educación de ellos y ellas. En otros términos, la relevancia de plantear el presente problema de investigación referido a la participación de las personas menores de edad en los procesos abreviados de su custodia y tutela.

Obsérvese que procesos abreviados se refieren a una posición intermedia entre el proceso ordinario y el sumario que busca resolver, de forma oportuna y pronta, el conflicto de la familia y, en este caso, de las personas menores de edad.

#### **- Problema de investigación**

¿Incide el ejercicio de autoridad de los y las funcionarias judiciales, del progenitor, la progenitora y el interés superior en la participación significativa de las personas menores de edad en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia de Limón, durante el año 2000?

## **- Formulación de hipótesis**

1. Las personas menores de edad participaron solamente como testigos y observadoras en los procesos de guarda, crianza y educación durante los años 2000, en el Juzgado de Familia de Limón.
2. La participación significativa de las personas menores de edad no fue observada en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia de Limón en el año 2000.

## **1.4 Objetivo General y Específicos.**

### **- General**

1. Determinar si el ejercicio de autoridad de los y las funcionarias judiciales, del progenitor, la progenitora y el interés superior del niño o la niña incidió en la participación significativa de las personas menores de edad en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia de Limón durante el año 2000.

### **- Específicos**

1. Caracterizar el ejercicio de la autoridad de los y las funcionarias judiciales en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia de Limón durante el año 2000.

- 2.** Determinar si hubo participación significativa de las personas menores de edad en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación tramitados en el Juzgado de Familia de Limón, en el año 2000.
  
- 3.** Verificar la aplicación del principio del Interés Superior del Niño y la Niña en estos procesos y su cumplimiento.
  
- 4.** Determinar si la edad incidió en el derecho de participación de las personas menores de edad en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación.
  
- 5.** Identificar el tipo de participación de los y las progenitoras en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación de sus hijos o hijas.

## **CAPITULO II – MARCO TEORICO**

### **2.1 Concepto de Familia.**

Desde las ciencias sociales, la familia se ha considerado como grupo social básico, creado por vínculos de parentesco o matrimonio, presentes en todas las sociedades.

La estructura y el papel de la familia varían según la sociedad. La familia nuclear (dos adultos o adultas con hijos e hijas) es una unidad, como otras, de las sociedades contemporáneas. En otra unidad familiar, este núcleo está subordinado a una gran familia con abuelos y abuelas y otros y otras familiares. Una tercera unidad familiar es la familia monoparental, en la que los y las hijas viven sólo con el padre o con la madre en situación de soltería, viudedad o divorcio.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia, los cuales dieron origen a diversos tipos de familia que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc. Históricamente la familia, como institución, ha sido definida de muy diversas maneras: “se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social o como el medio en el que el individuo obtiene el desarrollo físico y social.” (Encarta 2003)

El núcleo familiar era la unidad más común en la época preindustrial y, aún, sigue siendo la unidad básica de organización social en la mayor parte de las sociedades industrializadas modernas. Sin embargo, la familia moderna ha variado con respecto a su forma más tradicional en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol del padre y la madre.

La única función que ha sobrevivido, es la de constituirse fuente de afecto y apoyo emocional para todos y todas sus miembros, especialmente para los y las hijas.

En forma ideal, la familia proporciona a sus miembros protección, compañía, seguridad y socialización.

La familia todavía es la responsable de la socialización de los y las hijas, aunque en esta actividad los y las amigos y los medios de comunicación han asumido un papel muy importante. La composición familiar ha cambiado de forma drástica a partir de la industrialización de la sociedad.

Algunos de estos cambios están relacionados con la modificación actual del rol de la mujer. En las sociedades más avanzadas, la mujer ya puede ingresar (o reingresar después de haber tenido hijos o hijas) en el mercado laboral en cualquier etapa de la vida familiar, por lo que se enfrenta a unas expectativas mayores de satisfacción personal.

En la década de 1970, el prototipo familiar evolucionó en parte hacia unas estructuras modificadas que englobaban a las familias monoparentales, familias del padre o madre casada en segundas nupcias y familias sin hijos o hijas. En el pasado, las familias monoparentales, a menudo, tenían las causas en el fallecimiento del padre o la madre. Actualmente, la mayor parte de las familias monoparentales son consecuencia de un divorcio, aunque muchas están formadas por mujeres solteras con hijos. Para el año 1991, uno o una de cada cuatro hijos o hijas vivía solo o sola con el padre o la madre, por lo general, la madre. Muchas de las familias monoparentales, se convierten en familias con padre y madre, a través de un nuevo matrimonio o de la constitución de una pareja de hecho.

La familia de padre y la madre casado o casada en segundas nupcias es la creada, a raíz de un nuevo matrimonio del padre o la madre. Este tipo de familia puede estar formada por el padre con hijos o hijas y una madre sin hijos o hijas, un padre con hijos o hijas y una madre con hijos o hijas, pero que viven en otro lugar o dos familias monoparentales que se unen. En estos tipos de familia, los problemas de relación entre padre o madre no biológica e hijos o hijas suelen constituir un foco de tensiones, especialmente en el tercer caso.

Desde un punto de vista sociológico, se analizan los grupos familiares y se llegan a mencionar tres sentidos del concepto de “familia”

**Familia en sentido amplio:** Grupo de personas entre las cuales existe un vínculo familiar, entendido como parentesco (abuelos o abuelas, tíos o tías, primos o primas, cuñados o cuñadas, hijos o hijas, etcétera)

**Familia en sentido restringido:** Núcleo paterno-materno-filial, es decir, el grupo constituido por padre, madre e hijos que conviven con ellos/as (Coincide con el enfoque biológico del concepto)

**Familia en sentido intermedio:** Grupo que vive bajo un mismo techo, comprendiendo no solo el núcleo familiar sino también otros y otras parientes que habiten la misma vivienda en forma más o menos permanente e incluso se abarcaría las relaciones entre personas que no son “parientes”, como el caso de las uniones de hecho entre personas que tienen hijos o hijas que no son del actual compañero o compañera.

La aplicación del derecho de familia se proyecta sobre un concepto combinado, pues existen reglas aplicables a los parientes biológicos, a los parientes por afinidad (suegros y suegras, cuñados y cuñadas, etc) y a personas que conviven, pero que tienen algún tipo de contacto (caso de las medidas de protección contra la violencia doméstica)

### **- La Familia y el Parentesco**

El parentesco puede definirse como un sistema de categorías y posiciones, que pueden resultar contrarias a las relaciones genéticas o biológicas. Los parentescos se refieren a la relación existente entre el progenitor, la progenitora y los y las hijas con vínculos familiares que ligan a una persona que vivió hace muchos años con los descendientes actuales. “Consiste sencillamente en la relación existente entre dos o más personas derivada precisamente de su respectiva situación en la familia.” (Lazarte, 2001: 15)

El parentesco constituye una institución social que asigna socialmente las actividades económicas, políticas, sexuales y ceremoniales a una persona. Este sistema tiene dispositivos de producción, los cuales incluyen la transformación de personas con un propósito definido. El parentesco define la relación de una persona frente a otra y los deberes, las responsabilidades y los privilegios de cada uno o una sobre el y la otra. “La ubicuidad y la eficacia adaptativa del parentesco han llevado a muchos antropólogos a considerar su invención, junto con la invención del lenguaje, fueron los hechos que marcaron decididamente la discontinuidad entre los homínidos semihumanos y los seres humanos.” (Rubin, 1996; 46)

Los sistemas de parentesco adquieren múltiples variaciones en cada cultura diferentes, en donde se han establecidos las reglas para el matrimonio.

El matrimonio y el parentesco son contextos determinantes para producir y reproducir las ideas culturales del género, la reproducción y la sexualidad. El sistema de parentesco incluye ciertas formas de propiedad sobre las personas, las cuales se expresan como derechos que tienen una persona sobre otra.

El antropólogo Claude Levi- Strauss postuló que el nacimiento de la cultura surge del intercambio de las mujeres en las relaciones matrimoniales, del cual Rubin plantea la “economía política del sexo”, en donde los matrimonios se pactan de acuerdo a intereses económicos o políticos. Ella señala que el sistema de parentesco es un sistema donde se intercambian las mujeres entre los hombres, lo cual significa que ellas no pueden ejercer sus derechos en una forma efectiva. Exista una discriminación de derechos, en donde el hombre tiene derechos sobre las parientes femeninas, que la mujer no tiene sobre los parientes masculinos (Rubin, 1996: 56)

Existen diferentes relaciones, siendo la paterno- materno- filial, el objeto de regulación más detenida por parte del derecho de Familia.

## **2.2 Concepto Derecho de Familia.**

Se puede afirmar que el Derecho de Familia es la parte del Derecho Civil que reglamenta las relaciones entre los y las integrantes del conglomerado familiar. “Se trata del conjunto de normas que tienden a proteger la familia, así como a regular jurídicamente los diversos hechos que se derivan de la unión de los sexos a través del matrimonio, la unión de hecho y la procreación de los hijos.” (González, 1998: 2).

El Derecho de Familia lo compone un conjunto amplio de normas jurídicas, contenidas en la Constitución Política, Convenciones Internacionales, Códigos, Leyes Especiales, Decretos, Reglamentos y en disposiciones o directrices institucionales.

Es importante destacar que el Derecho de Familia no se compone solo de normas jurídicas, sino que se auxilia del conocimiento de otros y otras profesionales, como los y las sociólogos, los y las sicólogos, los y las trabajadoras sociales, los y las médicos, los y las microbiólogas, etcétera. Por el auxilio de este conocimiento, se dice que el Derecho de Familia tiene un carácter “interdisciplinario” y no puramente jurídico.

### **2.3 Sistema Sexo - Género.**

Históricamente, los hombres han tenido ventajas en la posesión de los recursos sociales que las mujeres, las personas discapacitadas, las personas adultas mayores y las personas menores de edad. En el nacimiento de la sociedad, el hombre, como género, comenzó a domesticar animales. La domesticación implica el control, la vigilancia y el dominio sobre los animales y, por analogía simbólica, se extendió a la mujer, los y las niñas y adolescentes, quienes forman parte del rebaño. El rebaño es objeto de dominación. El hombre, en forma histórica, ha comprimido a la mujer al lado “privado” de la sociedad, donde los otros no pueden penetrar ni interferir, mientras ellos permanecían en el sector “público”, en el cual se adscribía las teorías sociales, filosóficas, económicas e históricas.

Hubo un momento, en la historia de la humanidad, cuando el género masculino dividió, en forma binaria y maniquea, las distintas actividades y actos, tanto individuales y sociales, para asegurar la permanencia del sistema de dominación imperante. En el ámbito simbólico y real, esta separación “naturalizo” el dominio sufrido por las mujeres y sus hijos e hijas.

La emergencia de estos símbolos conforma la división sexual del trabajo, la cual se compone de dos elementos: el trabajo doméstico no remunerado (ámbito privado- pasividad- sentimentalismo) y la discriminación del trabajo remunerado.

La masculinidad y la feminidad constituyen experiencias acumuladas por la tradición y las prácticas sociales, las cuales han conformado un entramado de prescripciones y proscripciones para la subjetividad y la conducta de cada sexo. Los sistemas de género/sexo han estado dominados por lo masculino, en donde el lugar de la sexualidad femenina ha estado ubicado en la entrega y el amor, mientras que la sexualidad masculina en el placer y el dominio.

El sistema género/sexo es un sistema de opresión a las mujeres, cuya base se encuentra en la apropiación del cuerpo de las mujeres a través de la sexualidad, las capacidades reproductivas y los servicios sexuales. El sistema género/sexo se define como un articulado sistemático de prácticas reales y simbólicas, el cual constituye los pactos como estereotipos, funciones y valoraciones sexuales.

Se pueden encontrar los siguientes aspectos: “1- Es un sistema histórico por lo tanto su génesis no es natural. 2- Se fundamenta en la violencia sexual, lo que significa la expropiación y dominio sobre el cuerpo y la sexualidad de las mujeres, institucionalizada y promovida a través de la familia y el Estado. 3- Aunque existen hombres en relaciones de opresión en todo sistema patriarcal, las mujeres de cada uno de estos grupos oprimidos mantienen una relación de subordinación frente al varón. 4- En el patriarcado las justificaciones que permiten el mantenimiento del dominio sobre las mujeres tienen su origen en las diferencias biológicas entre los sexos, las cuales son utilizadas por la ideología sexista imperante en todas las sociedades. 5- La división sexual del trabajo y las elites dominantes se caracterizan por su naturaleza androcéntrica que impacta de forma diversa en las diferentes culturas y formas sociales de organización” (Arroyo, 2001: 27)

El género puede definirse como la apropiación de características, lugares, ideales y conductas impuestas por la sociedad, a una determinada persona en relación con el sexo. Esta apropiación se efectúa a través de los procesos de socialización, los cuales presentan a los sexos como una relación bilateral. Las características asignadas a un sexo, implican que para el otro sexo se asignan las contrarias u opuestas, como por ejemplo que los hombres son racionales y las mujeres sensibles.

Los roles, las funciones y las valías se transmiten a través de los procesos de socialización, cuyo producto consiste en la imposición de determinadas conductas en relación con el sexo y que pueden transmutarse en el transcurso del tiempo, como respuesta de cambios en los pactos en el poder de género. La atribución social de categorías, conductas y estereotipos de género resulta discriminatoria contra las mujeres porque ellas gozan de menor valor social. La ideología del sistema género/sexo atribuye el valor universal a las categorías, conductas y estereotipos asignados a los varones.

Las características socialmente asignadas a cada sexo, tienen una función descriptiva (ser) y una normativa (deber ser), lo cual implica que ninguna persona pueda adecuarse al ideal de hombre o mujer ni pueda alejarse de la influencia de tales ideales.

Estas diferencias están socialmente jerarquizadas y se mantienen por procesos reforzados de aprendizaje. A través de la historia de la civilización humana, las diferencias masculinas están valoradas por encima de las femeninas, lo cual justifica la subordinación femenina. Las características masculinas están asociadas al concepto de “humano”, “bien común”, “mundo público y “cultura” y las femeninas con lo “natural”, “interés privado”, “mundo privado” y “animal” (Ortner y Whitehead, 1996: 140).

El contenido de la masculinidad está equiparado con el paradigma de lo humano y lo cultural, lo cual implica que todo lo demás, esté definido a partir de tal modelo, ya sea para completarlo o como oposición. Las personas menores de edad están definidas como “hombres” en proceso de formación y las mujeres como lo opuesto de los hombres. En el proceso de apropiación del género, subyace la idea que la sensibilidad es la ausencia de racionalidad: el pensamiento es objetivo.

La estructuración jerárquica de las características asignadas por imperativos sociales, tiene efectos negativos en todas las personas. El patriarcado como proceso de dominación de la naturaleza, ha conllevado a la destrucción masiva y sistemática de la madre Tierra y, como dispositivo de control sobre las personas, ha significado la tortura y el trato inhumano para muchos y muchas.

En la construcción de la subjetividad existe una compleja relación entre el poder y la erogeneidad de los cuerpos. Los Otros, con sus miradas y palabras, imprimen una marca significativa en el cuerpo. El vínculo tiene una historia y una tradición, los cuales se concreta en un contexto particular y se expresa en la conformación de la personalidad, a partir del sistema género/sexo. En las prácticas sociales, los y las seres humanos comparten símbolos, valores y el poder vincular. Las marcas significativas, que dan forma a las particularidades deseantes de cada persona, tienen un contexto interpersonal.

Los hombres tienen la imagen que cada hombre, siempre se puede constituir como un ser deseante y, por extensión lógica, como posible predador de la mujer del otro. El hombre, cuando posee a la mujer de otro, simbólicamente posee al otro y obtiene el dominio sobre él. Existe una relación entre la potencia viril (deseo) y la dominación social (poder). La potencia sexual masculina, en forma histórica, está asociada a la violencia y la agresión, como en las violaciones de las mujeres durante las guerras.

La violencia de cualquier tipo y característica, tiene un contexto social específico y concreto. Los distintos órdenes de la sociedad recrean un lenguaje. El significante de ese lenguaje es la violencia. Existe la violencia “legítima” y la “ilegítima”, la cual resulta discriminada para justificar la resolución “racional” de los conflictos y la prevalencia de cierto orden, el cual responde a un poder determinado. En la ejecución del acto concreto de violencia, no existe ninguna diferencia alguna entre lo “legítimo” y lo “ilegítimo”.

“Nuestras ciudades, nuestras estructuras sociales, nuestros trabajos, nuestras relaciones con la naturaleza y nuestra historia son más que el telón de fondo de la preponderancia de la violencia. Son formas de violencia; formas institucionalizadas de violencia codificadas en estructuras físicas y relaciones socioeconómicas. Gran parte del análisis sociológico de la violencia en nuestras sociedades indican simplemente que la violencia es una conducta aprendida al presenciar y experimentar violencia social: el hombre patea al niño, el niño patea al perro.” (Kaufman, 1989: 27).

Las teorías del Sistema Patriarcal se basan principalmente en que el sistema sexo/género implica la participación de la violencia para mantener y producir las condiciones necesarias para continuar con la dominación. La violencia tiene un carácter contingente al sistema género/sexo.

Los procesos de socialización generan que, en los miembros del sector masculino, se inserte un modelo a partir del género, de cómo son determinadas relaciones sociales.

“Como siempre en las relaciones de poder, se encuentra uno ante fenómenos complejos que no obedecen a la forma hegeliana de dialéctica. El dominio, la conciencia de su cuerpo, ocupación del cuerpo por el poder: la gimnasia, los ejercicios, el desarrollo muscular, la desnudez, la exaltación del cuerpo bello...todo está en la línea que conduce al deseo del propio cuerpo mediante un trabajo insistente, obstinado, meticuloso, que el poder ha ejercido sobre el cuerpo de los niños, de los soldados, sobre el cuerpo sano. Pero desde el momento en que el poder ha producido este efecto, en la línea misma de sus conquistas, emerge inevitablemente la reivindicación del cuerpo contra el poder, la salud contra la economía, el placer contra las normas morales de la sexualidad, del matrimonio, del pudor. Y de golpe, aquello que hacía al poder fuerte se convierte en aquello por lo que es atacado...El poder se ha introducido en el cuerpo, se encuentra expuesto en el cuerpo mismo...” (Foucault, 1994: 104).

El poder tiene una dinámica compleja, la cual no está limitada por prohibiciones o restricciones y adquiere diversas formas, de acuerdo con la evolución histórica y el contexto social. No obstante, existen relaciones de poder invariables en la historia y la cultura: la subordinación de las mujeres hacia los hombres y la subordinación de las personas menores de edad hacia los y las adultas.

En la búsqueda de una sociedad justa e igualitaria, se requiere visibilizar la construcción social del género y la presencia de un sistema de género/sexo, para evitar la dicotomía y la jerarquía de las características asignadas a cada sexo y edad. En la elaboración de una sociedad democrática, resulta necesario develar la presencia de la unidad familiar dominada por el padre, como paradigma estructural reproducida en el sistema social y mantenido por el conjunto de instituciones políticas, sexuales y civiles. Estas instituciones tienen una unidad simbólica, en tanto promueven el consenso alrededor del sistema género/sexo, para determinar que las mujeres siempre estarán subordinadas a los hombres o que todas las mujeres ejercen cierto tipo de poder, como el poder sobre los y las hijas.

## **- La Teoría de Género como explicación del sistema género/sexo.**

El sistema género/sexo define los derechos de las personas, a partir del paradigma masculino. Los derechos de las mujeres y las personas menores de edad están definidos por la creencia, de quien ostenta el poder político, de las necesidades de las mujeres y las personas menores de edad.

La teoría género- sensitivo asume la explicación de un poder androcéntrico, el cual modela lo masculino, como el elemento central de lo humano y que invisibiliza a las mujeres y a las personas menores de edad. El poder patriarcal y androcéntrico tienen efectos reales sobre los y las seres humanas, porque justifica la violación sistemática de los derechos humanos y formula la igualdad jurídica en términos del paradigma masculino.

La teoría de género deconstruye los procesos sociales de dominación masculina, para sugerir nuevas estructuras no discriminatorias para cualquier género. El análisis de los procesos sociales de adquisición del género, resulta indispensable para alcanzar la igualdad real.

La teoría de género presenta los elementos de análisis pertinentes para debatir acerca de las causas de la dominación de las mujeres por su condición de género, la cual conlleva a la discriminación y la violencia.

“La teoría de género aporta al abordaje de la realidad, la afirmación que no existe un único sujeto del conocimiento sino mujeres y hombres en escenarios que se caracterizan por las diversidades sociales y culturales, frente al hecho de vivir en culturas androcéntricas en la que el varón y todo lo relacionado con él es el punto de partida” (Arroyo, 2001: 20).

La teoría de género apunta a dos aspectos: a) la pertenencia a un género determina las relaciones sociales, las cuales están basadas en las diferencias sexuales y b) constituye la base de las relaciones de poder.

Esta perspectiva demanda el reconocimiento de la igualdad y de los derechos humanos. La práctica política del “deber ser” no ha incluido a la mujer dentro del “ser”, ni como paradigma ni como cuerpo. La perspectiva de género añade el planteamiento que, en las experiencias individuales de vida, existen patrones de poder operando. “La familia emerge como el lugar de ser del varón, lugar de una fuerte carga de trabajo doméstico gratuito y sin recompensa, y más aún de la exposición a la violencia y abuso físico, psíquico y sexual. Esta visión de la familia y las relaciones sexuales condujeron a una definición del poder en todos los lugares y ámbitos de la experiencia, sin distinguir las operaciones del ser en los diferentes lugares.” (Matus, 1999: 605).

El otro aspecto importante de la teoría de género se relaciona con la distribución del poder, como ejercicio cotidiano en espacios particulares y reales. Para que haya poder, se requiere una relación. El sistema género/sexo ubica a las relaciones sociales en un espacio de igualdad entre quienes ejercitan el poder. Ellos se reconocen como iguales y, detrás de ella, a los posibles iguales.

El poder está omnipresente en las relaciones sociales y, tal como están estructuradas las sociedades contemporáneas, está dominado por el “falo”.

Por la presencia perenne del sistema género/sexo, el poder se distribuye según las características sexuales del ser humano. El contenido o el ejercicio del poder, está asignado desde el nacimiento de la persona. La perspectiva de género señala que, la desigualdad por el género, no resulta la única discriminación existente, sino que hay distinciones por la raza, la edad, la clase, la educación, la capacidad física, las inclinaciones sexuales o artísticas, las creencias religiosas o políticas, entre otras.

Para el presente documento, la teoría género- sensitivo resulta adecuado para realizar una lectura de los derechos de las personas menores de edad, en donde resulta necesario analizar la representación de las necesidades de las personas menores de edad en la práctica judicial, específicamente en los Tribunales, Juzgados de Familia y en donde se define la custodia de las mismas por sus progenitores o progenitoras.

### **- El sistema jurídico como expresión del sistema género/sexo**

Las relaciones sociales construyen los símbolos culturales de dominación de las mujeres, las cuales están inmersas en imperativos como la religión, la educación, las ciencias, el sistema jurídico y la política.

Las relaciones sociales se mantienen vigentes por la presencia de la ideología de género, expresada en imperativos y estereotipos sexuales, los cuales reflejan una sociedad sexualmente estamentada y jerarquizada. Las experiencias y concepciones masculinas dominantes predominan en la ideología.

En el sistema jurídico se invisibiliza a la mujer como sujeto de derecho y la asigna al ámbito “privado” como lugar “natural”, tal y como se vislumbra con la aplicación del enfoque de género.

El sistema jurídico regula las conductas sociales, lo cual constituye el diseño social predominante. Este modelo social forma la condición de los hombres y las mujeres, quienes se apropian de imperativos y descripciones de la conducta.

El derecho se impone frente a otros saberes, a los cuales impide la inclusión o influencia dentro de éste. Los métodos de interpretación jurídica, el método lógico-jurídico y los principios generales del derecho moldean la realidad para hombres y mujeres.

El derecho se visualiza objetivo, universal y racional. Estas características están asignadas socialmente a la masculinidad, no obstante estas características son contrapuestas con la feminidad. Los tres absolutos del derecho son sexistas y androcéntricos, o sea se refieren a la masculinidad.

El sistema jurídico es una institución creada para reforzar el sistema género/sexo y que condensa la discriminación y/o subordinación femenina. La perspectiva de género posibilita visualizar, el sexismo imperante en el sistema jurídico y rebatir la “objetividad” como discurso legitimador. El razonamiento jurídico está basado en la lógica jurídica, la cual se alimenta de la lógica formal. La construcción del pensamiento está fundada sobre relaciones dicotómicas y contradictorias de concebir el mundo, las cuales están jerarquizadas en una forma sexual y donde el elemento inferior está identificado con lo femenino.

El sistema jurídico asume la abstracción y la universalidad como paradigma, lo cual desvaloriza las diferencias. El sujeto del derecho es abstracto, único, neutral, universal y asexuado. Aquí radica el androcentrismo: en la mixtificación de los sexos y el rechazo de la diferencia. La concepción del sujeto de derecho sugiere el rechazo hacia lo femenino, como elemento configurante del ser.

“Un ejemplo de esto es el androcentrismo presente en el derecho en general y en lo particular en los derechos humanos puesto que algunas violaciones que sufren las mujeres por ser mujeres son consideradas “específicas”, razón por lo cual se obstaculiza el reconocimiento de su carácter de violación de los Derechos Humanos en general.” (Arroyo, 2002: 30).

El nacimiento histórico y el empleo ideológico de conceptos éticos- jurídicos como la justicia, la igualdad, la libertad y la solidaridad son androcéntricos, lo cual implica que pueden evaluarse desde la perspectiva de género para especificar los rasgos sexistas.

La perspectiva de género pretende encontrar algunas respuestas en pos de la igualdad entre los sexos, que implique la eliminación del sexismo en el sistema jurídico y el reconocimiento de la diferencia entre las personas.

La desigualdad entre los sexos significa cuestionar la figura masculina, ya que el paradigma histórico del ser humano lo visualiza como una figura racional, fuerte y poco emotivo. La connotación neutral de la igualdad se pierde y se reconocen las relaciones de poder. Desde esta perspectiva, se vuelve necesario eliminar los privilegios históricos de los hombres, los cuales están legitimados como “naturales”, para reconstruir las características sociales y físicas alrededor de los sexos.

Un imperativo de la teoría de género, consiste en que las normas jurídicas representen las necesidades de las mujeres, excluyendo las imaginadas por los hombres. “Para esta nueva lectura es necesario partir del sexismo en que se fundamenta la formulación de las diferentes explicaciones del origen de lo que conocemos como sociedad civil y por supuesto estos reflejan el debate sobre quienes son los que pactan o sea quienes son sujetos libres e iguales.” (Arroyo, 2002: 34).

Hillary Charlesworth plantea que la teoría feminista apunta a dos factores: el sistema jurídico ha servido para excluir a las mujeres del espacio público y desiste de la regulación del espacio privado, por no considerarse como propio del derecho. Estos factores legitiman el poder de los hombres sobre las mujeres. “La falta de intervención estatal directa en nombre de la protección de la privacidad puede entonces disfrazar la desigualdad y dominación ejercida en la esfera privada.” (Charlesworth: 1997: 117).

La dicotomía entre el espacio público y privado, posibilita la expropiación del cuerpo de la mujer y el ejercicio de la violencia sexual, como elemento básico del sistema sexo/género.

El derecho internacional de los derechos humanos opera en el espacio público, ya que los Estados constituyen los sujetos de derecho. Los derechos humanos han evolucionado hasta que una determinada persona pueda demandar a un Estado, aunque no se ha cuestionado la división entre lo público y lo privado.

## **2.4 La persona menor de edad: características, definición entre niño y niña.**

La Convención de los Derechos del Niño en el artículo 1° define al niño y la niña, para efectos de la aplicación como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo, que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

La definición en la versión inicial, propuesta por Polonia en 1978, se definía al niño y la niña como toda persona humana desde su nacimiento hasta los 18 años de edad. Otros países propusieron una redacción sustitutiva al artículo 1, donde se definía al niño y la niña como persona desde la concepción. La imposibilidad de lograr un consenso sobre una u otra alternativa, llevó a adoptar un texto de compromiso, eliminando la referencia al nacimiento contenido en el texto original.

El artículo 1° de la Convención parece presumir que, en la legislación nacional de cada país, existe una definición única de mayoría de edad. Esta presunción no coincide con el Derecho Comparado, en el cual la mayoría de edad cambia para efectos distintos.

No obstante, el uso de diferentes criterios en cuanto a la mayoría de edad para efectos de la legislación interna, la cual reglamenta todos los pormenores de la vida privada y pública, no debe confundirse con el uso de criterios diferentes a efectos del reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana.

## **2.5 Las personas menores de edad como Sujetos de Derecho.**

Una persona es sujeto de derecho cuando el ordenamiento jurídico, partiendo del reconocimiento de su dignidad, la define como titular de derechos subjetivos. El constituirse como sujeto de derecho implica que frente al y la titular del derecho (llamado sujeto activo), existe otro u otra sujeto obligado por ese derecho, la cual se denominado sujeto pasivo.

En el apartado correspondiente a los antecedentes de este trabajo, se proporciona un cuadro fáctico de la situación existente en materia de derechos de la niñez y se explica cual ha sido la evolución histórica de la legislación en esta materia.

Ernesto Hutt Crespo, en los estudios que realiza de la situación de los niños y las niñas en épocas que antecedieron la Convención Sobre los Derechos del Niño, refiere que el infanticidio y el abandono de estos y estas era frecuente. Los y las hijas eran considerados una pieza mas de propiedad y, por lo tanto, podían ser castigadas salvajemente, abusadas sexualmente, mutiladas y ejecutadas. La indiferencia que prevalecía era tal, que la categoría de niñez ni siquiera existía. Los y las niñas eran invisibilizadas y consideradas de menor valor, en la extensión de la palabra.

Es importante mencionar los aportes de este autor en cuanto a que “Las relaciones adulto-niñas se caracterizan por estar basadas en el poder total de los adultos, el adulto dicta las normas y los niños y niñas deben obedecerlas.

Nunca ha prevalecido ni por asomo el concepto de igualdad en dichas relaciones, ya que el “menor” no es considerado socialmente sujeto de derechos, sino objeto de la custodia, guarda, y crianza de sus padres (elementos constitutivos de la antigua patria potestad), ante quienes están obligados a la obediencia.” (Hutt, 1997: 3).

En forma paulatina se fueron implementando cambios en esta población, los y las cuales pasan de ser considerados y consideradas como objeto de custodia a ser estimados y estimadas socialmente como sujetos de derecho. Deviene una nueva corriente que recuerda que “la infancia y adolescencia no es propiedad de las personas adultas, que son independientes, que tienen derechos y se les deben poder limitar basados o sustentados en criterios de realidad.” (Hutt, 1997: 3)

El cambio de paradigma surge con la promulgación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, pues es este documento se garantiza a los niños y las niñas, el status de sujeto de derechos. La divulgación de la Convención fue tarea de los Organismos no Gubernamentales, los cuales participaron en la redacción, como mecanismo para que no se cometieran violaciones a los derechos humanos de la niñez.

Sin embargo, se sabe que en la actualidad se continúan cometiendo atropellos contra la niñez y la adolescencia, como expresión del sistema género/sexo. En la anterior razón radica la importancia de la actividad de los tribunales de justicia, como entidad encargada de velar por la observancia y el respeto de los derechos del niño y la niña, mediante el sistema de justicia.

Ubaldo Calvento Solari, en su ensayo Legislación Atinente a la Niñez En Las Américas, refiere “ A menudo, la intervención de la jurisdicción de menores implica la limitación de ciertos derechos, como en los casos de conflictos sobre el ejercicio de la patria potestad y cuestiones que puedan llegar a afectar el mundo civil de las personas, por lo cual es conveniente y ajustado a derecho confiar estos asuntos a organismos con función jurisdiccional, garantizadores de los derechos de las personas y no a instituciones administrativas.” (Calvento Solari, 2001: 9).

¿Estarán las autoridades judiciales cumpliendo con su cometido al resolver los procesos familiares y, lo más trascendental, considerando a las personas menores de edad como verdaderos sujetos de derecho, con todas las prerrogativas que la ley les otorga, entre las cuales se incluye el derecho de participar activamente en un proceso judicial? Se espera encontrar respuesta a esta interrogante con este trabajo de investigación.

## **2.6 Las personas menores de edad, la capacidad jurídica y la capacidad de actuar.**

### **- La capacidad jurídica.**

Jurídicamente, no se es persona por el solo hecho de nacer, sino que se requiere el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que están contemplados en el artículo 31 del Código Civil. El artículo mencionado establece lo siguiente: “EXISTENCIA DE LAS PERSONAS. La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde trescientos días antes de su nacimiento. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiere nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal”.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo citado, cumplidos estos requisitos, se puede considerar entonces que una persona tiene capacidad jurídica. La capacidad jurídica puede definirse como “la aptitud e idoneidad necesarias, para ser titular de derecho y/o obligaciones.” (Lazarte, 2001: 32)

El artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reza lo siguiente: “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.”. De acuerdo al artículo citado, no se exige ningún requisito para considerar al y la nacida como persona. El artículo solo expresa que desde el momento del nacimiento el y la niña será inscrita y tendrá determinados derechos, pero no hace alusión a que tenga que cumplir requisitos determinados para constituirse como persona.

Carlos Lazarte Alvarez se refiere a la capacidad jurídica diciendo que esta “se tiene o no se tiene, no admite grados ni admite matizaciones, es igual para todo el mundo; por lo que siguiendo a la doctrina, los términos capacidad y personalidad vienen a ser coincidentes. La capacidad jurídica, es por tanto consustancial a la persona, y se halla fuera del comercio de los hombres...” (Lazarte Alvarez, 2001: 33).

**- Capacidad de actuar:** La capacidad de actuar consiste en la posibilidad de gobernar los derechos y obligaciones, de los cuales se es titular. La capacidad de actuar, a diferencia de la jurídica, no es igual en todas las personas. Esta diferencia no es arbitraria. La capacidad de actuar es nula en el y la recién nacida y ella va creciendo conforme la edad hasta alcanzar la mayoría de edad, la cual está legalmente establecida.

Las únicas limitaciones de la capacidad de actuar que reconoce el derecho son la minoría de edad y la falta de aptitud para gobernarse, lo cual da lugar a los estados de minoría de edad e incapacidad.

Existen discrepancias respecto a establecer cuál es la capacidad de la persona menor de edad. A partir de los años ochenta, tras las reformas que se han llevado a cabo en el ámbito del derecho de familia, se ha tendido a dar un protagonismo mayor a la intervención de la persona menor de edad en la capacidad para contratar y accionar en la vía jurisdiccional.

La nueva legislación, en criterio de Lazarte Alvarez, en relación con la anterior, constituye un cambio significativo, ya que “antes se consideraba al menor como un incapacitado, mientras que ahora la tendencia es considerar que el menor va adquiriendo gradualmente la capacidad.” (Lazarte Alvarez: 2001: 34)

El autor Lazarte Alvarez destaca que “el menor realiza de una manera ordinaria una serie de actos que ponen a prueba su discernimiento y que son aceptados y considerados validos, ya que no hay reclamaciones al respecto”, el anterior comentario lo hace analizando un fallo del Tribunal Supremo (Lazarte Alvarez: 2001: 35).

En conclusión, la persona menor de edad no tiene una capacidad jurídica para regirse, sino que va adquiriendo la capacidad en forma paulatina, por el transcurso del tiempo hasta llegar a la mayoría de edad. La falta de capacidad conlleva a establecer los medios necesarios para proceder a su cuidado y protección, y por otro lado, defender sus intereses.

## **- La discusión sobre la capacidad de niños y niñas.**

El autor Ernesto Hutt Crespo, comentando la discusión sobre la capacidad de niños y niñas, sostiene que “En la actualidad es prácticamente unánime el reconocimiento de los derechos materiales a las personas menores de 18 años (derecho a la vida, a la salud, alimentación, a la educación, etc.) pero siempre se ha cuestionado el reconocimiento de derechos no materiales (expresión, libre determinación, autonomía, participación)” (Hutt Crespo, 1997: 5).

Generalmente, la niñez ha carecido de todos los derechos civiles propios de las personas. Desde el punto de vista legal y filosófico, no existe el reconocimiento para la autodeterminación de los niños y las niñas, lo cual se demuestra al observar que, la mayoría de las legislaciones de los países de Latinoamérica, exigen que, para cualquier acto jurídico, los “menores” deberán de actuar por medio de un representante legal, el cual tiene que ser adulto o adulta. Los niños y las niñas carecen de poder. Ellos y ellas no controlan su propia vida, dado que dependen totalmente del padre, la madre o los y las encargadas.

Este autor define la capacidad de discernimiento como “la facultad de decidir sobre asuntos de su interés” y sostiene que “esa facultad ha sido negada a los niños y niñas y siempre cuestionada alegando alguna de estas razones:

- No se les debe dar porque no saben como ejercitarla
- No se les debe dar porque tienden a cometer errores que no cometen los adultos, generalmente van a equivocarse.
- No se les debe dar porque los niños y niñas son irracionales y no prevén las consecuencias de sus actos
- No se les debe dar porque serian influenciados por sus padres o por los mayores
- Como son inmaduros van a tomar malas decisiones

- No tienen experiencia, son muy pequeños” (Hutt Crespo: 1997: 5)

Algunos de estos cuestionamientos han sido debatidos por el Movimiento de Derechos de los Niños, las Niñas y los Adolescentes. Una de las luchas ha sido abogar por la autonomía de las personas menores de dieciocho años. Pero “una autonomía propia de un sujeto social de derechos que le permita ser protagonista en la construcción de su propio destino, participar de su mismo desarrollo, crecimiento y evolución....Dejar que los niños tomen sus propias decisiones” (Hutt Crespo: 1997: 5)

Uno de los aspectos que se ha rebatido para dar sustento a la tesis de la incapacidad de los niños y las niñas es que no siempre los y las adultas toman buenas decisiones; no saben ejercitar correctamente los derechos; que, en la mayoría de los casos, ni siquiera conocen los derechos y que son propensos a cometer errores e igualmente son manipulables.

Hutt Crespo concluye citando que, desde los estudios psicológicos de Jean Piaget, se ha demostrado “que entre los 10 y 12 años los niños y niñas desarrollan su capacidad mental y moral casi en su totalidad y a partir de esa edad es poco lo que cambia. A los doce años pueden tomar decisiones complejas. También se demostró que un niño de 9 años tiene casi todas las destrezas mentales de un adulto y uno de 14 las tiene todas.” (Hutt Crespo: 1997: 5)

## **2.7 El Interés Superior del Niño:**

La promulgación de la Convención de los Derechos del Niño significa la culminación del proceso histórico- jurídico por la lucha de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

En la Convención, se ratifica que las personas menores de edad tienen los mismos derechos que las personas mayores de edad, con la consiguiente obligación estatal en la promoción y garantía de la efectiva protección igualitaria. En la Convención, se reconocen derechos específicos de la niñez y la adolescencia, por la propia condición de desigualdad social.

La emergencia del concepto de “interés superior del niño y la niña” se deriva del proceso histórico del reconocimiento público de las necesidades de la niñez y la adolescencia. Estas necesidades comienzan a entenderse como intereses jurídicamente relevantes y, por ende, tutelables por el ordenamiento público. Los derechos humanos de la niñez y la adolescencia permiten el control de la intervención estatal en asuntos de la infancia, ya que algunos “intereses jurídicamente relevantes” llegaron a justificar sistemas punitivos contra la niñez y la adolescencia. La Convención constituye el instrumento jurídico, por el cual los derechos de los niños y las niñas constituyen un límite y control de la actuación estatal, del padre y la madre.

El “interés superior del niño y la niña” es un principio, entendido como una proposición de derechos. La Convención de los Derechos del Niño es un instrumento jurídico, en donde se reconocen derechos de la niñez y la adolescencia. En el contexto de la Convención, los principios constituyen derechos que posibilitan el ejercicio de otros derechos y la resolución de conflictos entre derechos reconocidos. “Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría presume que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de la autoridad. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.” (Cillero, 1998: 102).

La Convención de los Derechos del Niño establece que los dispositivos de la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia son complementarios a los dispositivos de la protección de los derechos humanos, reconocidos a la generalidad de las personas. “La Convención Internacional de los Derechos del Niño es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del “interés superior del niño”” (Cillero, 1998: 96)

El interés superior del niño ha sido utilizado como una fórmula ideológica para justificar la violación sistemática de los derechos de la niñez y la adolescencia. La vaguedad e indeterminación del término constituye una posibilidad para adoptar decisiones violatorias de los derechos, en razón de un omnipresente interés superior.

La indeterminación del concepto de “interés superior del niño y la niña” no permite una interpretación uniforme, lo cual no cumple con las exigencias de la seguridad jurídica y el control de las decisiones jurisdiccionales.

La primera observación de la noción de “interés superior” se encuentra en la interpretación sistemática con los derechos promulgados en la Convención de los Derechos del Niño. Esta interpretación excluye la posibilidad de utilizar el “interés superior”, como una forma para justificar decisiones violatoria contra derechos estipulados en la Convención. En tal sentido, el “interés superior” tiene una actitud garantista de los derechos.

Una segunda anotación, consiste en que el “interés superior del niño y la niña” permite interpretar los dispositivos jurídicos, promulgados en la Convención, en convergencia con la diversidad cultural del niño y la niña. No obstante, el “interés superior” no posibilita la relativización de una regla universal, en amparo de la inserción del niño o la niña en el medio cultural determinado, cuando están siendo violentados derechos estipulados en la Convención. En el conflicto entre derechos humanos de la niñez y dispositivos culturales, éstos últimos ceden frente a los primeros.

El principio del “interés superior del niño y la niña” constituye una obligación a las autoridades públicas y privadas, en priorizar los intereses de la niñez y la adolescencia, durante el diseño y la ejecución de las funciones. La prioridad del “interés superior” implica el respeto de los derechos promulgados en la Convención de los Derechos del Niño.

El principio del “interés superior del niño y la niña” constituye la garantía del efectivo cumplimiento de los derechos estipulados en la Convención, en donde se elimina la posibilidad de la violación de los derechos. “En el esquema paternalista-autoritario, el juez, el legislador o la autoridad administrativa “realizaba” el interés superior del niño; lo “constituía” como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o autoridad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el juez buen padre de familia, presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basada en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el “interés superior” tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconoce derechos y en su lugar se definen poderes- deberes (potestades) a los adultos, que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.” (Cillero, 1998: 103).

La consideración del “interés superior del niño y la niña” como un principio garantista, implica que el ejercicio de la autoridad se informa y se limita por los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. Este principio constituye un límite al paternalismo estatal y la toma de decisiones discrecionales en forma autoritaria.

El principio del “interés superior del niño y la niña” cumple con una función hermenéutica, en tanto posibilita una interpretación sistemática e integral del contenido de la Convención de los Derechos del Niño. Este principio también permite la resolución de conflictos entre derechos de la niñez y la adolescencia. Los intereses del niño y la niña son prioritarios sobre los intereses colectivos o de la generalidad.

En el ejercicio de la autoridad judicial, se necesita un análisis conjunto de los derechos afectados como los posiblemente afectados, para lo cual se requiere dimensionar la decisión adoptada. La decisión judicial requiere asegurar la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos.

En este documento, se interpreta el “interés superior del niño y la niña” como un principio garantista de los derechos estipulados en la Convención de los Derechos del Niño. Esta interpretación descarta la “metafísica”, “conciencia” e “intuición” de las decisiones de los y las juezas en sus resoluciones, las cuales resultan violentadoras de los derechos de la niñez y la adolescencia.

## 2.8 Opinión del niño y la niña

Hace diez años se aprobó la Convención Sobre Los Derechos del Niño y uno de los aspectos que se contemplan en la misma y en la presente investigación es el derecho de opinión de las personas menores de edad en los procesos que les atañen, para nuestro estudio los procesos de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia de Limón en el año 2000.

El artículo 12 de la Convención establece que la opinión del niño y la niña debe ser debidamente tenida en cuenta en consideración a la edad y al grado de madurez del mismo. Pues bien, Inés M. Weinmberg en su libro Convención Sobre Los Derechos Del Niño refiere “La libertad de expresión es una exteriorización de la libertad de pensamiento. En el mundo jurídico, el pensamiento (en tanto pensamiento) no aparece externamente como una libertad jurídicamente relevante ni como un derecho subjetivo; el pensamiento es incoercible y se sustrae a terceros. No puede decirse entonces, que el hombre sea titular de un derecho a la libertad de pensamiento. Este derecho aparecerá solamente como el pensamiento se exteriorice, o sea cuando se exprese. Y en este caso ya deberá hablarse de derecho a la libertad de expresión.” (Weinmberg: 2002: 191)

Es importante analizar en la Convención (artículo 12) cuando el artículo se refiere al “niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio” Es básico enunciar una fórmula universal que permita dar respuesta a la interrogante. La doctrina no se encuentra pacífica a propósito del límite de edad necesaria para que la edad del niño y la niña se transforme en relevante. Profesionales como María Victoria Pellegrini opina que la cuestión deberá definirse en cada situación concreta ya que la ley no establece una edad mínima. La Dra. Grosman sostiene que la edad mínima para que la opinión del niño pueda ser tenida en cuenta es la de 14 años (Weinmberg: 2002: 191).

Existen en este libro dos criterios respecto al concepto de “juicio del menor”. Por un lado se entiende como la “facultad del alma por la que el hombre puede distinguir el bien del mal y lo verdadero de lo falso, cabe entonces pensar que el niño y la niña de 10 años o más tal y como lo establece el Código Civil, es capaz de formarse un juicio. Por otra parte se entiende juicio como la operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones. Se relaciona aquí con el contexto socio-económico y cultural.

Dada la importancia de que la opinión del niño y la niña debería merecer en aquellos asuntos que le conciernen de forma directa apelar a la palabra juicio, al entender un límite estrecho a las diferentes formas de comunicación de los niños y niñas. El y la ser humano no se comunica solamente a través de la palabra oral o escrita. Existe un universo de símbolos y signos que a los fines de la comunicación son tan efectivos como los juicios mismos y tan reveladores que deberían desligarse de los procesos.

Los símbolos pueden manifestar un síntoma de un problema en el y la niña, lenguaje que supuestamente lo debe percibir, describir y analizar el y la psicóloga. Por todo lo anterior la Convención no debió hacer referencia a los y las niñas “...que estén en condiciones de formarse un juicio propio” sino manifestar que la opinión del niño debe ser tenido en cuenta siempre e implementando a su favor cuando efectivamente refleje una problemática real, atendible y reporte a sus asuntos beneficios ciertos y positivos” (Weinmberg: 2002: 191).

El trabajo de los y las juezas debe ser leal, legal y solidario con los y las niñas al tener que determinar, en las condiciones actuales y a la luz de la legislación vigente, cual es la edad mínima requerida para que la opinión de una persona menor de edad sea tomada en cuenta en los procesos que les concierne.

El artículo 12 de la Convención se refiere expresamente al derecho del niño y la niña a ser oído en el ámbito de los procesos judiciales y administrativos en los que se ventilen cuestiones atinentes a sus propios intereses. Parece poco auspicioso que el apartado segundo del artículo se haya referido a la oportunidad del niño y la niña de ser escuchada directamente o por intermedio de un representante o de un órgano apropiado.

El derecho del niño y la niña a ser oída no debe confundirse con el derecho que, también le asiste, a tener un o una representante. Lo concluyente del asunto es que el niño y la niña efectivamente deben tener derecho a ser escuchados directamente en todo proceso que lo involucre sin importar el tipo de juicio de que se trate.

Es necesario determinar ante quien debería expresar su opinión la persona menor para que su derecho a ser oído se manifieste a plenitud, y es importante que toda audiencia de niños y niñas se lleve a cabo con presencia de la máxima autoridad. En los procesos de guarda, crianza y educación serán los y las juezas los que deben conocer y aplicar todos los derechos de los y las niñas. No obstante no solo se trata de conocer y aplicarlos sino de sensibilizarse y capacitarse respecto a formas efectivas, horizontales, de confianza con las cuales las personas menores de edad, puedan participar con grados de confianza, empatía y sin temor hacia esa persona superior que tiene a su frente.

Es importante que los y las juezas traten de partir de que su investidura no debe inculcar en el y la niña temor, ansiedad sino más bien ganarse poco a poco espacios de confianza y ambientes cálidos para que los y las niñas opinen sin temores.

Es obvio que el hecho de que el y la niña sea escuchada directamente tiende a evitar que la falta de contacto directo del juez o la jueza con el asunto provoque reiteradas entrevistas, interpretaciones adecuadas de sus necesidades, interpretaciones parciales o exageradas que podrían redundar en un perjuicio para aquel. Más allá de estas situaciones que se explican en sí mismas, nunca deberían escatimarse esfuerzos para lograr que el y la niña entre en contacto directo con el tribunal.

## **2.9 Patria Potestad: Guarda, crianza y educación.**

La patria potestad es un concepto jurídico que remite a la relación paterno-materno-filial, la cual tiene por núcleo el deber del padre y/o la madre de criar y educar a sus hijos o hijas. La potestad sobre los y las hijas era, en el Derecho Romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los y las hijas.

Se define como “...la institución protectora del menor por excelencia, fundada en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Actualmente más que un poder es una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida por ambos progenitores conjuntamente y cuyo contenido está formado por más deberes que por derechos.” (Lazarte, 2001: 52)

La patria potestad la reciben el padre y la madre en el momento de nacer el y la hija; si ésta es extramatrimonial, en cuanto la reconocen. Se pierde la potestad sobre el y la menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal. Se extingue por alcanzar el y la hija la mayoría de edad, la emancipación o la muerte.

La patria potestad corresponde por igual al progenitor y la progenitora, lo cual implica que, viviendo juntos, las decisiones concernientes a los y las hijas no emancipadas habrán de ser adoptadas de común acuerdo. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos y ellas podrá acudir al juez o la jueza, quien atribuirá a uno o una la facultad de decidir. Si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o una o repartir entre ellos y ellas las funciones. Si el padre o la madre se encuentran separados, se ejercerá por aquel o aquella que conviva con el y la hija, con la participación del otro u otra que fije el y la jueza.

La patria potestad o autoridad parental, como también se le llama, ha desarrollado una gran cantidad de definiciones, las cuales se asemejan y complementan. En algunas codificaciones recientes se ha sustituido total o parcialmente la expresión “patria potestad” por la de autoridad parental, considerando que “patria es un adjetivo latino que significa “del padre”. Para otros la cuestión terminológica carece de importancia.

El profesor Víctor Pérez al respecto sostiene: “La verdad es que guarda, crianza y educación constituyen el contenido esencial e inseparable de la patria potestad. En expresión del profesor Hiestrosa “El calor y aliento de los progenitores proyectado sobre la propia descendencia y la necesidad que esta tiene de ellos es un valor insuprimible” (Pérez, 1984, 129)

En la época romana se concebía la patria potestad como el poder del paterfamilias, sobre sus hijos o hijas y demás familiares. Eduardo Zannoni señala que la patria potestad “implica un conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.” (Zannoni, 1981, 681.)

En la época contemporánea, el carácter que ostenta la patria potestad en las legislaciones, radica en el padre o la madre cuentan con igualdad de derechos y deberes. La patria potestad dejó de ser un poder del padre sobre los y las hijas, para convertirse en un derecho y un deber sobre ellos y ellas.

Acerca el contenido de la patria potestad, el profesor Víctor Pérez Vargas refiere: “El contenido de la autoridad parental puede ser analizada desde tres ángulos visuales interrelacionados: poderes y deberes con relación a la persona del menor, poderes y deberes con relación a los bienes del menor y facultades de representación. El primer grupo de situaciones jurídicas se refiere al respeto y consideración que el padre deben a la persona del menor (así como éste debe respeto y consideración a sus padres), al cuidado del menor, a la atención de sus necesidades fundamentales y a su preparación para el provenir (educación). Ejemplo del segundo grupo es la existencia de facultades de administración pero no de disposición, salvo mediante autorización judicial en caso de “necesidad” o “provecho evidente” para el menor. Las facultades de representación tienen los caracteres de “legales” (y no meramente voluntarias) y “necesarias” (en cuanto irrenunciables y vitales para el menor). Ellas se agregan a los otros poderes-deberes de la autoridad parental para su mejor realización, por lo que tienen carácter instrumental”. (Pérez, 1984. 129)

En el contenido de la patria potestad se pueden apreciar tres aspectos:

### **A. Personal**

En este aspecto deben el padre y la madre velar por sus hijos y hijas: cuidarlas y cuidarlos en forma correspondiente a su edad y circunstancias; tenerlos y tenerlas en su compañía y prodigarles un trato afectuoso; alimentarlos y alimentarlas, educarlos y educarlas y procurarles una formación integral, lo cual incluye la parte física, ética e intelectual, en la medida de sus posibilidades.

El padre y la madre están facultados para corregir a sus hijos o hijas de un modo razonable y con moderación; en correspondencia, éstos o estas deben obedecer al padre y la madre, mientras permanezcan bajo potestad, y respetarles siempre.

## **B. Patrimonial**

El padre y la madre deben administrar los bienes de los y las hijas con la misma diligencia que los suyos propios. En casi todos los países, ha desaparecido el usufructo del padre sobre los bienes de los y las hijas, pero el padre y la madre deben contribuir al levantamiento de las cargas familiares cuando sea preciso.

## **C. Representación**

En los asuntos personales y patrimoniales el y la hija no emancipada no puede actuar por sí y, en lugar suyo, actúa su padre o madre, quien lo representan. No pueden representar el padre y la madre al hijo o la hija cuando exista conflicto de intereses con él o ella; en estos casos se nombrará al hijo o la hija un o una defensora judicial.

El jurista costarricense Diego Benavides, en sus comentarios al Código de Familia, refiriéndose a la patria potestad sostiene: “La patria potestad es un conjunto de derecho y deberes (potestades, poderes-deberes) que los padres tienen con respecto a la persona y a los bienes de sus hijos menores de edad. Comprende básicamente tres contenidos:

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

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

**c) Representación:** dado que el menor en principio, no tiene capacidad de actuar, requiere ser representado, y la ley asigna normalmente esa representación a los padres. Si existe un opuesto interés debe nombrarse un curador especial al hijo (Art. 140 in fine), lo que debe hacerse cuando existe incapacidad (Art. 162). No obstante en algunos casos existe capacidad limitada de los menores (Art. 86 y 108 inco C.Niñez).” (Benavides, 2001: 237 y 238).

El tratadista Eduardo A. Zannoni, por su parte refiriéndose a este instituto, dice lo siguiente: “La asistencia, protección representación jurídica de los hijos menores por su padres determina la adscripción de aquellos al núcleo familiar e implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece: primordialmente, la formación integral de los hijos” (Zannoni, 1981: 641) y continúa diciendo lo siguiente: “La patria potestad, dijimos, contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. Es decir, no se trata de relaciones cuyo objeto presupone la igualdad jurídica de sus sujetos; por el contrario, los fines que satisfacen, implican que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, un poder” (Zannoni, 1981: 641).

El autor Eduardo Zannoni concluye que “...En otras palabras el poder paterno o materno en cuanto a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos deben-están obligados-a ejercerlo; y es más están obligados a ejercerlo personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a terceros...” (Zannoni, 1981: 645)

La protección a la persona menor de edad fue ampliada por la Convención sobre los Derechos del Niño, que entre sus disposiciones establece lo siguiente: “artículo 6...2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida de lo posible la supervivencia y el desarrollo del niño...”, artículo 9:1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, 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 del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso de que un niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

En conclusión, la guarda y custodia de los y las hijas menores constituye uno de los deberes y facultades del padre y de la madre en la esfera personal que lleva implícito el instituto de la patria potestad.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 140 del Código de Familia hablando de la autoridad parental se dispone:

“Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial”.

Se infiere de la norma que corresponde al padre y a la madre, en su condición de cotitulares de la autoridad parental, el deber y facultad exigible de velar por los y las hijas y protegerlas. Ese deber y facultad de protegerlos y protegerlas se encuentra indisolublemente unido a la guarda y custodia de los y las hijas, constituyendo presupuesto de la misma

Por otra parte el artículo 143 *Ibíd*em, en cuanto al contenido de la autoridad parental, reza lo siguiente:

“La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada corregir al hijo. Faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, que puede incluir su internamiento en un establecimiento adecuado por un tiempo prudencial.”

## **2.10 Concepto de la función jurisdiccional. Tutela de la persona menor de edad.**

El término jurisdicción proviene de la expresión latina *iuris dictio* que significa 'decir el Derecho' y alude a la función que asume el Estado, a través de los y las juezas y tribunales, de administrar la justicia aplicando el Derecho a los casos concretos, los cuales se les presentan. En este sentido, también se habla de función jurisdiccional, la cual corresponde a los juzgados y tribunales determinados por las leyes.

Las prácticas judiciales y las normas jurídicas que imposibilitan el acceso a la justicia de las personas menores de edad, constituye una violación a los derechos humanos. Los niños, las niñas y adolescentes continúan concibiéndose en la situación irregular o como “hombres en miniatura”, “mujeres en formación” o “el futuro ciudadano”.

El derecho de expresar la opinión en los procesos judiciales, consiste en otra práctica violatoria de los derechos humanos, aunque ya esté ratificada la Convención de los Derechos del Niño. En los procesos contenciosos de guarda, crianza y educación, no está contemplado que los niños, las niñas y adolescentes puedan recurrir una sentencia de primera instancia, aunque esté definiéndose la vida de ellos.

En los procesos alimentarios, está señalado que las personas menores de edad pueden petitionar alimentos contra sus padres. Una vez recibida la demanda, el juzgado competente deberá citar al representante legal de la persona menor de edad o quien lo mantenga en custodia, para que la ratifique. Esta práctica lesiona los derechos de los niños, las niñas y adolescentes porque significa una limitación al acceso de la justicia y la negación de la supervivencia alimentaria.

En la Ley contra la Violencia Doméstica se establece la legitimidad para solicitar medidas de protección, a cualquier persona mayor de 12 años. En el Código de la Niñez y la Adolescencia, la legitimidad para acudir ante un Juzgado de Familia y solicitar la apertura de un proceso especial de protección, en sede judicial, corresponde a los 15 años. Hay una distinción injustificada. Resulta interesante reseñar que las medidas de protección, conforme la Ley contra la Violencia Doméstica, pueden adoptarse contra cualquier familiar. Las medidas de protección, según el Código de la Niñez y la Adolescencia y a diferencia de la Ley contra la Violencia Doméstica, pueden adoptarse contra cualquier acción u omisión cometida por el Estado, que violente los derechos establecidos y contra sí mismos. Este hecho sugiere la ausencia de interés estatal en la participación de las personas menores de edad de quince años de edad, ante las violaciones de los derechos humanos contra ellos o ellas. Esta omisión ocurre a lo interno del ordenamiento jurídico, por la ausencia de un mecanismo legal para acceder a la justicia y responsabilizar a los responsables, a falta de otros mecanismos legales.

## 2.11 Principio de Igualdad de la Ley

Uno de los aportes de la teoría feminista, está representado en la deconstrucción de la noción del “principio de la igualdad de la ley”. El movimiento histórico por la consecución de los derechos humanos de las mujeres, se inicia en el siglo XVIII, con Mary Wollstonecraft y Olympe de Gouges. La mujer no constituía una sujeta de derecho, ya que la ley no le otorga capacidad jurídica ni el status de ciudadana.

La noción de igualdad está definida por el paradigma masculino y, como tal, puede analizarse desde la perspectiva género- sensitiva. La construcción histórica de la igualdad, a partir de las revoluciones liberales del siglo XVIII, ha tenido como referente al hombre. El principio de igualdad tiene un valor formal.

Al finalizar la II Guerra Mundial, se consolida la internacionalización de los derechos humanos, expresados a través de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Se obtiene que las mujeres sean sujetas de derecho y tengan capacidad jurídica.

La crítica feminista, dirigida al paradigma del sujeto de los derechos humanos, se encuentra ubicada en la caracterización del modelo masculino como caucásico, occidental, moderno, padre de familia, adinerado, heterosexual y sin discapacidad.

El sistema jurídico expropia a las mujeres del cuerpo, a través de la promulgación de leyes tendientes a regular la función reproductora de la mujer, para asegurar la paternidad. Estas leyes no tienen ninguna relación con las necesidades de las mujeres ni resguardan los derechos sexuales y reproductivos.

El sistema jurídico es una institución patriarcal y androcéntrica, como se evidencia mediante un recuento histórico.

El principio de igualdad formal resulta un concepto vacío porque oculta que las leyes son confeccionadas por los hombres, como un dispositivo de dominio hacia las mujeres y las personas menores de edad. La vacuidad del término puede encontrarse en la ausencia de representatividad política de las mujeres y las personas menores de edad en los órganos de decisión política y judicial; la omisión de leyes que protejan a la niñez y la adolescencia; las leyes discriminatorias y la permanencia de instituciones jurídicas androcéntricas.

Existen dos patrones del principio de igualdad: la equivalencia y la diferencia. De acuerdo al primero, todas las personas somos iguales ante la ley, lo cual supone que si la mujer quiere ejercer algún derecho, tiene que parecerse a un hombre. La igualdad se obtiene a través de la exigencia a las instituciones sociales de tratamiento idéntico para los hombres y las mujeres. Este patrón presupone que las instituciones sociales son neutrales ante el género, lo cual es falso. Nunca podrá accederse a la igualdad real porque no elimina los rasgos sexistas y androcéntricos del sistema género/sexo.

La igualdad ante la ley implica la revisión detallada de los mensajes emitidos por las instituciones sociales, a través del prisma género- sensible. La igualdad no está limitada a una declaración formal de derechos idénticos para hombres y mujeres o entre personas menores de edad y las personas mayores de edad, sino a la eliminación del referente masculino de las mujeres, de los y las discapacitadas, de los y las niñas, de las personas mayores de edad y los y las aborígenes.

El principio de igualdad ante la ley, significa la eliminación del sexismo en cualquier tipo de expresión, en lugar de suprimir las diferencias humanas. La teoría de género es una teoría humanista, en donde se elimina el paradigma masculino como modelo del ser humano y lo devuelve como diversidad.

La teoría de género excluye, como principio político, la igualdad de los derechos de los hombres con los derechos de las mujeres. Por el contrario, supone la extinción de los privilegios masculinos, expresados en derechos, en razón del género. “Si entendemos correctamente qué es el género, veremos que todas las leyes, todas las políticas y todo el quehacer humano tienen que ver con el género porque no han sido neutrales en términos de género sino todo lo contrario, parciales al género masculino.” (Facio: 1998: 224).

Algunos y algunas doctrinarias estiman que la igualdad ante la ley, significa que no haya distinción formal hacia un grupo determinado de personas. Otros y otras estiman que es innecesario distinguir porque todas y todos nacemos iguales y con dignidad. Sin embargo, hay que dictar medidas especiales para las mujeres y las personas menores de edad, por las funciones sociales y naturales, por el proceso de formación. “Uno pone necesidades parecidas en un mismo grupo, y crea una identidad libre de diferencias. La diferencia se identifica diferenciando un tipo de diferencia como identidad de las demás diferencias como no identidades. Este movimiento dual tiene lugar cada vez que las necesidades son atribuidas o asignadas. La asignación o atribución va siempre acompañada de un tipo de recolocación, de redefinición y de reagrupación de las diferencias en identidades. Desde el punto de vista del proceso reproductivo de distribución de necesidades, no se considera a los hombres y mujeres como portadores de necesidades en general, ni como portadores de un sistema concreto y único de necesidades sino como algo entre medias: como portadores de ciertos tipos de necesidades, de tales y tales grupos de necesidades. La distribución de las necesidades es compleja, porque la sociedad necesita distribuir a un tiempo los tipos (clases) de necesidades y lo que las satisface. Lo que las satisface también está tipificado y es abstracto, y las dos abstracciones se relacionan normalmente entre sí.” (Heller, 1996: 86 y 87)

El principio de igualdad ante la ley no cuestiona que los derechos humanos hayan sido promulgados a partir de las necesidades de los hombres. Esta circunstancia resulta discriminatoria para las mujeres. La concepción de “género” es desigual porque la asignación de características, se ha construido según valores desiguales. “Es así que la teoría jurídica ha creado una verdadera imposibilidad de igualdad entre hombres y mujeres. Ha hecho que el concepto de igualdad jurídica, presuponga semejanza o diferencia de las mujeres con respecto al hombre, y como el concepto de sexo presupone diferencia mutua, la igualdad sexual es imposible.” (Facio: 1998: 234).

Bajo el patrón de la diferencia, se dicta medidas “especiales” para las mujeres y las personas menores de edad, por sus funciones naturales. No obstante, el referente de la ley continua siendo masculino. El principio de igualdad significa la no discriminación por el resultado y los efectos de las instituciones sociales, sin que se constriña a la formalidad de la ley; y comprender las diferencias entre las diversas personas, que conviven en un espacio físico concreto.

Los hombres, las mujeres, las personas menores de edad, las personas con discapacidad y las personas adulto mayores tienen diferentes necesidades, lo cual no implica que las masculinas sean identificadas como las necesidades de la generalidad de los seres humanos y las particulares de cada grupo. Estos grupos están compuestos por personas reales, sin que se haya disminuido la humanidad de ellas. “Lo importante es entender que la igualdad, según la teoría de los derechos humanos, exige tratamiento no discriminatorio, es decir, exige un tratamiento que redunde en el goce pleno de los derechos humanos por ambos géneros de todas las edades, colores y habilidades. En otras palabras, el principio de igualdad requiere que a veces se les dé un tratamiento idéntico a hombres y mujeres y a veces, un tratamiento distinto.” (Facio: 1998: 218).

La división sexual del trabajo; la distribución sexual de los bienes en el mundo; el control masculino de los recursos y la ausencia de representatividad política de las mujeres, son instituciones que reproducen la dominación sobre las mujeres y que constituyen una violación a los derechos humanos de las mujeres.

La violencia tiene una función política, la cual consiste en reproducir el sistema de dominación del sistema género/sexo, a través de continuar el debilitamiento de las mujeres y la eliminación de la capacidad de respuesta. La violencia produce miedo como mecanismo de control. Las personas menores de edad están sometidas al control y vigilancia de los adultos. Esta violencia puede ocurrir en cualquier práctica y espacio social.

## **CAPITULO III - DISEÑO METODOLOGICO**

### **3.1 Tipo de Investigación**

El presente estudio tiene como eje orientador el Paradigma Positivista- Empirista y por ende apoyado en el enfoque hipotético-deductivo. Hablar de paradigma se refiere a un conjunto de suposiciones respecto al mundo social que proporciona un marco filosófico. Ahora bien, mencionar un paradigma Positivista- Empirista alude a un estudio investigativo apoyado en una teoría que busca los hechos o causa de los fenómenos independientemente de los estados subjetivos de las personas. Ello quiere decir que la presente investigación por medio de un objetivo general el cual a la letra dice” Determinar si el ejercicio de la Autoridad de los y las funcionarias judiciales, del progenitor, la progenitora y el interés superior del niño o la niña incidió en a participación significativa de las personas menores de edad en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia de Limón , durante el año 2000”.

Con el enfoque positivista –empirista, en este caso, se trató de determinar el tipo de ejercicio de autoridad de diferentes actores en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación. Se espera que dicho estudio o investigación evitará la subjetividad, los y las investigadoras asumirán una posición neutra en cuanto a que los datos serán cuantitativos y los y las involucradas se observarán desde una perspectiva desde afuera (punto de vista del observador) principalmente. Existirá independencia entre el sujeto que conoce y el sujeto de conocimiento.

La investigación es empirista porque se partirá de supuestos prácticos, los cuales son conocidos en el quehacer profesional de los y las juezas de Familia.

Finalmente es hipotético-deductivo porque predominará la deducción al utilizarse una muestra de expedientes judiciales, asimismo entrevistas semi-estructuradas a los y las funcionarios judiciales principalmente jueces, juezas, los progenitores y las progenitoras de los y las niñas involucradas en estos procesos judiciales que permitirán resultados generalizables.

Para aplicar el Paradigma Positivista se sugiere el enfoque cuantitativo cuyas principales características se presentan a continuación:

- predominio de la deducción
- Diseños experimentales
- La perspectiva es desde el punto de vista del y la investigadora
- Se utiliza como base el lenguaje numérico
- Se brinda énfasis a lo objetivo, a la observación y a la cuantificación de información obtenida de los diferentes cuestionarios aplicados.
- El análisis es estático porque se basó en la obtención de datos para luego ser analizados sin realizar devolución a los y las personas involucradas en forma directa (niños, niñas, progenitores y progenitoras).

Finalmente esta información permitió obtener resultados generalizados y deductivos.

### **3. 2 Selección, diseño y validación de técnicas e instrumentos**

Para obtener evidencia válida y confiable se requiere utilizar técnicas e instrumentos adecuados y, a la vez, poner sumo cuidado en los procesos de aplicación, de modo que la información tenga validez interna y externa, o sea que se refiera a las dimensiones y variables que interesen en el proceso investigativo. Se requiere además precisión en los instrumentos y que sean confiables.

Para obtener y analizar la información requerida deben aplicarse técnicas en este caso aplicables a metodologías cuantitativas utilizando parámetros previamente estandarizados que midan cantidades, opiniones, datos personales, facilitando comparaciones y agregaciones estadísticas.

Existen técnicas específicas para obtener información cuantitativa, la misma consiste en la aplicación de cálculos y estadísticas a los datos de índole demográfica, económica y social.

Para este tipo de investigación se recomienda confeccionar planillas de trabajo y/o tabulados que permitan agrupar datos seleccionados según criterios diversos (etáreas, sexo, socioeconómicos).

Una entrevista es un intercambio de información de carácter profesional orientado a obtener datos respecto a un tema o problema predeterminado. Se validaron previamente mediante la realización de pre-entrevistas piloto.

Para el caso de la presente investigación se utilizó la entrevista, orientada a obtener información sobre las personas menores de edad, a sus progenitores y Autoridades Judiciales.

Se utilizó la técnica de la entrevista semi-estructurada con el apoyo de la guía de entrevista y fue administrada. Se realizó a los y las progenitoras y a Jueces y Juezas.

Es importante destacar que para obtener y analizar la información requerida deben aplicarse técnicas apropiadas. Es conveniente aplicar metodologías cuantitativas que permitan al y la evaluadora estudiar casos, expedientes judiciales, asimismo abarcar un grupo pequeño ya sea de progenitores y profesionales judiciales en este caso.

### **3. 3 Área de Estudio**

En nuestro país existen Juzgados de Familia en las cabeceras de provincia. La provincia de Limón se sitúa geográficamente en la Zona Atlántica, donde existen los tribunales de Justicia y, dentro de los despachos judiciales, siendo uno de ellos el Juzgado de Familia.

### **3.4 Unidad de Análisis**

Se refiere a los procesos abreviados de guarda, crianza y educación de las personas menores de edad tramitados en el Juzgado de Familia de Limón en el año 2000.

### **3.5 Universo:**

Se refiere a 12 expedientes judiciales que constituyen la totalidad del los casos tramitados en el Juzgado de Familia de Limón, durante el año 2000. Se consideró conveniente abarcar el 100% de los expedientes porque significa un universo representativo en términos de conocer los procesos en su totalidad.

No obstante, para el caso de los y las progenitoras si se tomó una muestra de un 50%, ya que se presentaron problemas de localización de los y las mismas. Para el caso de los y las juezas fue una muestra no aleatoria, ya que se consideró la accesibilidad a los y las mismos y por criterios preestablecidos por el y la investigadora.

### **3.6 Fuentes de Información Primarias y Secundarias**

#### **Fuentes Primarias:**

- Responsables de las personas menores de edad.
- Funcionarios judiciales del Juzgado de Familia de Limón.
- Jueces y Juezas del Juzgado de Familia de Puntarenas.
- Funcionarios y Funcionarias judiciales de otros Juzgados de Familia del país.
- Expedientes judiciales tramitados en el Juzgado de Familia de Limón en el año 2000 referidos a procesos abreviados de guarda, crianza y educación.

#### **Fuentes Secundarias:**

- Constitución Política de la República
- Convención Sobre Derechos del Niño.
- Código de la Niñez y de la Adolescencia.

- Documentos respecto interés superior del Niño y la Niña.
- Tesis con temas relacionados a los derechos de los y las niñas.
- Demás Bibliografía consultada

### 3.7 SELECCIÓN, DISEÑO Y VALIDACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

<i>Objetivos Específicos</i>	<i>Variable</i>	<i>Definición Conceptual</i>	<i>Dimensión</i>	<i>Definición Conceptual.</i>	<i>Definición Operacional (Atributo)</i>	<i>Definición Instrumental</i>	
						Técnica	Instrumento
1.1. Caracterizar el ejercicio de la autoridad de los y las funcionarias Judiciales en los Procesos abreviados de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia en Limón durante el Año 2000.	Ejercicio de Autoridad de los y las Funcionarias Judiciales	Poder o facultad que tiene la persona con investidura judicial de resolver conflictos de orden jurídico para asegurar la justicia y paz social.	Procesos Abreviados de guarda, crianza y educación.	Juicio en el que se tramitan pretensiones que tienen una vía específica, en este caso la vía familiar, con tramite abreviado. La guarda, poder – deber de velar por las personas menores de edad en su integridad física y síquica. Crianza. Proporcionar los alimentos y atender sus necesidades fundamentalmente para su adecuado desarrollo. Educación. Prepararlo para la vida.	- Actuaciones - Resoluciones (Sentencias, autos, etc.) - Bienestar integral de la persona menor de edad - Tiempo de los Procesos Abreviados. - Participación Dinámica - Tipos de Entrevistas. - Tipos de Preguntas. - Tipo de tramitaciones y resoluciones que interesa. - Correspondencia de lo resuelto con el interés superior del niño.	Revisión de documento. Entrevista semi-estructuradas a Funcionarios Judiciales.	- Expediente Judicial - Guía de entrevista
1.2. Determinar el tipo de participación de las personas menores de edad en los procesos de guarda, crianza y educación tramitados en el Juzgado de Familia de Limón en el año 2000.	Participación de las personas menores de edad en los procesos de guarda, crianza y educación.	Acción y efecto de participar y/o tener una parte en un Proceso Judicial. En este caso las personas menores de 18 años.	Tipo y/o grado de participación de las personas menores de edad.	Carácter de la participación de las personas menores de edad en los procesos de guarda, crianza y educación.	- Activo. - Pasivo - Sujetos de Derecho. - Concepción de persona menor de edad. - Objeto de Derecho.	- Entrevista a personas menores de edad, - Entrevista a Progenitores.	- Expediente Judicial

<i>Objetivos Específicos</i>	<i>Variable</i>	<i>Definición Conceptual</i>	<i>Dimensión</i>	<i>Definición Conceptual.</i>	<i>Definición Operacional (Atributo)</i>	<i>Definición Instrumental</i>	
1.3. Verificar la aplicación del principio del Interés Superior del Niño y la Niña en estos procesos y su cumplimiento	Conocimiento de los y las juezas hacia el principio Interés Superior del niño.	Conocimiento a la luz de la doctrina, de ley y la jurisprudencia de este principio.	Análisis de sentencia a la luz del principio Interés Superior del niño.	Consideraciones del juez y la jueza respecto a hechos y pretensiones del caso partiendo de que el niño y la niña es sujeto del derecho.	- Sentencias. - Aplicación de normas respecto a personas menores de edad.	- Revisión de Documentos	- Expediente Judicial.
1.4. Determinar si la edad incide en el derecho de participación de las personas menores de edad en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación.	Procesos abreviados de guarda, crianza y educación	Juicio en el que se tramitan pretensiones que tienen una vía específica, en este caso la vía familiar. Versan sobre la custodia de los y las hijas.	Edad	Clasificación de años cumplidos de una persona (desde su concepción hasta el momento actual).	- Intervalos de edad.	- Revisión de expediente - Entrevistas a jueces, juezas y progenitores.	- Expediente Judicial. - Visitas domiciliarias.
1.5. Identificar el tipo de participación de los y las progenitoras en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas.	Participación de los y las progenitoras en los procesos abreviados.	Acciones que tienen los y las progenitoras en los procesos de guarda, crianza y educación de los y las hijas.	Respuesta a las demandas u otros gestiones que competen a sus hijos e hijas.	Diligencias emprendidas en los procesos referentes a sus hijos e hijas.	- Presentación de escritos. - Recursos o medios de impugnación. - Presentación a la audiencias. - Actitud ante Profesionales de Trabajo Social y Psicología. - Edad, sexo, ocupación y estado civil de los progenitores.	- Revisión de Expediente Judicial, - Entrevista a los y las progenitoras	- Expediente Judicial. - Guía Estricta

### **3.8 Fases o Etapas de la Investigación**

#### **- Etapa exploratoria “Elaboración y aprobación del protocolo”**

A partir de los estudios en la Maestría en Estudio de la Violencia Social y Familiar, durante el año 2003, se iniciaron los análisis de lecturas respecto a material de diferentes tipos de investigación y de enfoques dentro de estos: cuantitativo y cualitativo. En las materias de metodología se realizaron ejercicios prácticos respecto a planteamiento del tema, problema, objetivos y operacionalización de variables. Este ejercicio permitió plantear una primera investigación enfocada a aspectos psico-sociales y legales que presentaban las personas menores de edad. No obstante, la misma fue cuestionada por su enfoque psicologista y cualitativo. Se planteó una segunda propuesta desde una perspectiva legal orientada a lo judicial, referida a procesos abreviados de guarda, crianza y educación de niños y niñas. En enero del 2004, se planteó la segunda investigación del tema mencionado bajo un Paradigma Positivista y un enfoque cuantitativo.

Se realizó labor de búsqueda de fuentes secundarias como libros en materia jurídica, trabajos anteriores del tema y de la maestría. También se consultó a fuentes primarias sobre posibles temas de interés que fueran novedosos y relevantes para su futura aplicación, concluyéndose que en el presente tema es novedoso e importante.

Se elaboró un protocolo de investigación bajo un paradigma positivista-empirista ubicado en enfoques hipotético- deductivo explicado en el apartado de la presentación del Diseño Metodológico.

El mismo conlleva tema, problema, objetivos y plan de operacionalización. Fue aprobado previas correcciones y sugerencias por la docente supervisora y presentado nuevamente.

## **- Diseño y aplicación de técnicas e instrumentos**

En esta etapa se diseñaron los instrumentos que se utilizarían para obtener la información de los expedientes judiciales, de los y las funcionarias judiciales (jueces y juezas) y progenitores y progenitoras.

Se revisaron 12 expedientes judiciales utilizando la guía de revisión previamente elaborada. Se confeccionó la misma tomando en cuenta un orden cronológico y lógico de documentos judiciales para obtener datos. Sin embargo se observó errores en el sentido que el formato adecuado debió ser diseñado, tomando en cuenta, el orden con que se tramita el expediente judicial y no con el orden con que se diseñó el instrumento. Lo anterior porque continuamente al ir recabando la información, el formato demandaba continua relectura del expediente.

El día 23 de agosto del año 2004 se realizó la validación de la entrevista semi-estructurada a dos Juezas de los Tribunales de Puntarenas conocedoras de la materia de Familia. Se visitó su despacho judicial y se les explicó cuáles eran los objetivos propuestos en el trabajo de investigación. En la aplicación del instrumento no se observó la existencia de preguntas ambiguas, los espacios para registrar la información fue adecuado, y la utilización de lenguaje fue apropiado. En relación con aspectos del formato: las instrucciones fueron claras, salvo en el aparte IV correspondiente al Tipo de la Participación de los y las niñas en estos procesos. Se determinó la necesidad de modificar las opciones ofrecidas en la entrevista para evitar contradicciones. Se agregó la indicación escrita de elegir solo una respuesta de las presentadas. No se observaron sesgos, de modo que se dispuso aplicarlo corrigiendo solamente el error que ya citado.

El 23 de agosto se validó la entrevista estructurada a progenitores para lo cual se entrevistó a un padre y una madre partícipes de los procesos de Guarda, Crianza y Educación del Juzgado de Familia de Puntarenas.

En las primeras etapas de la investigación se propuso dentro de las fuentes de información entrevistar a varios informantes claves como:

- . Entrevista a niños y niñas.
- . Entrevista a progenitores y progenitoras
- . Entrevista a funcionarios judiciales

No obstante se eliminó las entrevistas a niños y niñas por varias razones, dentro de las cuales las básicas fueron dos: podría conducir a revictimizar a niños o niñas al someterse a nuevos interrogatorios en procesos ya concluidos. Lo anterior resultaba conveniente por el respeto a sus derechos. Por otra parte, dichas entrevistas no eran básicas para responder al Problema de Investigación y Objetivos ya que se podía recurrir a otras fuentes, sin que se afectara el estado emocional de los niños y niñas involucradas en éstos procesos judiciales.

Se tomó en cuenta estos dos inconvenientes y se replanteó recurrir solo a dos grupos de fuentes primarias, las cuales fueron:

- 1- Entrevista al 50% de los y las progenitoras participantes en el proceso judicial (6 padres o madres).
- 2- Entrevista a Autoridades judiciales. ( 7 Jueces o Juezas de Familia)

## **- Recolección de la Información**

Se decidió entrevistar solamente al 50% de padres y madres, partes en los procesos seleccionados, concretamente a seis progenitores o progenitoras por la dificultad de ubicación en direcciones inexactas. Las entrevistas se realizaron en la semana del 30 de agosto al 17 de setiembre del 2004.

La localización de los padres y las madres se logró por medio de un listado de los doce expedientes, en el cual se indicaba el nombre de las partes y sus domicilios.

Se confeccionaron varios instrumentos para recolectar información, como la guía de entrevista semi-estructurada a los y las funcionarias judiciales, la cual se validó el 23 de agosto con dos juezas de Familia de Puntarenas.

En relación con las Autoridades Judiciales, se entrevistaron siete funcionarios judiciales, dos jueces del Juzgado de Familia de Limón, una jueza del Juzgado de Familia de Puntarenas, una jueza de Niñez y Adolescencia, dos jueces del Tribunal de Juicio de Familia y un Magistrado. Lo anterior se realizó en la semana del 30 de agosto al 12 de setiembre. Las anteriores acciones con la finalidad de obtener información de profesionales con experiencia en Materia de Familia, para el caso en concreto en la tramitación de procesos de guarda, crianza y educación.

La misma actividad se realizó en el período del 30 de agosto al 17 de setiembre del 2004, para obtener la información procedente de los y las progenitoras.

Paralelamente a estas tareas se realizó la revisión de 12 expedientes judiciales a fin de obtener los datos contemplados en la guía. Estos expedientes fueron los tramitados en el Juzgado de Familia de la Provincia de Limón durante el año 2000. Dicha información se logró obtener en el mes de agosto del 2004.

## **- Tabulación y Análisis de la Información**

En la III semana de setiembre del 2004 se inició la tabulación, el ordenamiento y análisis de la información de campo obtenida. Lo anterior siguiendo un orden de acuerdo a la forma en que se obtuvo la información, iniciando con el análisis de los expedientes judiciales en base a una guía.

Se hicieron agrupaciones de datos de acuerdo a los objetivos y en base al carácter cuantitativo de la investigación. Así se elaboraron cuadros estadísticos con la información obtenido en los expedientes judiciales, entrevista a los y las progenitoras y a las autoridades judiciales.

## **- Elaboración del Informe Final**

Durante 04 semanas se elaboró el presente informe final basado en una guía brindada en el curso de Metodología. El mismo escrito a computadora conteniendo aspectos generales, específicos que debe contener una investigación científica.

Aspectos importantes del Informe Final son las conclusiones y recomendaciones generales las cuales tienen como fin el planteamiento de teorías y recomendaciones e pro de los y las niñas.

## **- Presentación y exposición del Informe Final**

En el mes de diciembre del 2004 se presentó el Informe Final a la tutora, la cual dio su aprobación. Posteriormente se presentó a la docente de Metodología, la cual realizó observaciones en la forma y contenido del documento.

Las mismas se corrigieron en las dos primeras semanas del mes de marzo del año 2005 para obtener un informe final completo. Este se presentará a los lectores y se expone en el mes de abril.

Se expondrá el trabajo en el mes de abril del 2005 posteriormente a las recomendaciones de la tutora, las docentes y los lectores de la tesis.

### **- Nombre de la fase y fecha.**

**I Fase.** Exploratoria. “Elaboración y aprobación del protocolo”: Enero a julio del 2004.

**II Fase.** Diseño y Aplicación de técnicas e instrumentos: Junio a agosto del 2004.

**III Fase.** Recolección de la Información: Agosto del 2004.

**IV Fase** Tabulación y Análisis de la Información: 26 de agosto al 27 de setiembre del 2004.

**V Fase.** Elaboración Informe Final: 28 de setiembre al 20 de noviembre del 2004.

**VI Fase.** Presentación del informe final: 27 de noviembre del 2004 a abril 2005

## **CAPITULO IV – PRESENTACIÓN DE RESULTADOS**

La presentación de los resultados del trabajo de campo es una de las fases esenciales de la investigación.

Partiendo del enfoque hipotético-deductivo, en donde predomina la deducción, se presentaran los resultados utilizando un lenguaje numérico, los cuales se incluyen en cuadros estadísticos y anotándose los valores relativos y los valores absolutos.

El análisis cuantitativo se presenta en forma lógica, siendo el cuadro de operacionalización de variables, la matriz de la presentación de los resultados obtenidos en el trabajo de campo. Para ello se desglosa en objetivos específicos, las variables, la definición conceptual, operacional (atributos) e instrumental.

Para una adecuada presentación se utilizarán título y subtítulos para cada uno de los objetivos específicos que contiene el tema en estudio, los cuales sintetizados se refieren a la caracterización del ejercicio de autoridad de los y las Juezas en los procesos de guarda, crianza y educación; determinar el tipo de participación de los y las niñas en los mismos. Asimismo verificar la aplicación del principio del Interés Superior del Niño y la Niña en estos procesos; si la edad del niño y la niña incide en el derecho de participación e identificar el tipo de participación de los progenitores. Por ende, se tomarán en cuenta las técnicas y los instrumentos enunciados en el cuadro de operacionalización de variables.

#### **4.1 Caracterización del ejercicio de autoridad de los y las funcionarias judiciales en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación que se tramitaron en el Juzgado de Familia de Limón.**

Para operacionalizar los objetivos específicos se desagregarán en variables, definición conceptual, dimensión, definición operacional (atributo) y definición instrumental (técnicas e instrumentos); por lo tanto este será el orden lógico del análisis del trabajo de campo realizado. Para ello se analizarán variables como edad de los y las juezas, sexo, categorías de los y las juezas de acuerdo a su puesto y la definición de lo que conciben como procesos abreviados. También se consultó respecto a su concepción sobre lo que es el Ejercicio de autoridad, su opinión profesional al respecto y la definición, en cuanto a darle participación a las personas menores de edad, en estos procesos. Otras dimensiones consultadas están referidas a su conocimiento respecto a la forma de entrevistar a los y las niñas y las técnicas que utilizan.

**Cuadro N° 1**  
**Jueces y Juezas según edad en años cumplida**

Edad Cumplida	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>Del 0 a 20 años</b>	-	-
<b>De 20 a 40 años</b>	<b>2</b>	<b>28,57%</b>
<b>De 40 a 60 años</b>	<b>5</b>	<b>71,42%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>7</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Entrevistas a los y las Juezas, 2004**

Como se observa en el cuadro N° 1, los y las juezas entrevistadas se encuentran en edades de 40 a 60 años. Lo anterior infiere que dichos y dichas profesionales conocen la legislación vigente referente a la Niñez y Adolescencia, al promulgarse la misma hace cuatro años y suponerse que los y las juezas cuentan con trayectoria laboral que los y las faculta para el ejercicio de su quehacer profesional jurídico.

**Cuadro N° 2**  
**Jueces y Juezas según Sexo**

Sexo	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>Masculino</b>	<b>4</b>	<b>57.14%</b>
<b>Femenino</b>	<b>3</b>	<b>42.85%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>7</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Entrevistas a los y las Juezas, 2004**

En el cuadro n° 2 se puede apreciar que en materia de Niñez y Adolescencia, se desempeñan tanto hombres como mujeres y que no existe ninguna diferencia notable entre las personas que se desempeñan en esta materia.

**Cuadro N° 3**  
**Jueces y Juezas según el Categoría del Puesto**

Categoría de Puesto	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>Jueces y Juezas de Primera Instancia</b>	<b>3</b>	<b>42.85%</b>
<b>Jueces y Juezas de Segunda Instancia</b>	<b>2</b>	<b>28.57%</b>
<b>Magistrado</b>	<b>1</b>	<b>14.28%</b>
<b>Jueces y Juezas de Niñez y Adolescencia</b>	<b>1</b>	<b>14.28%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>7</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Entrevistas a los y las Juezas, 2004**

El cuadro referente a las categorías de los y las Juezas permite comprender la existencia de diferentes instancias en materia de familia, con las categorías de Primera Instancia, Segunda Instancia y Magistrados, éste último como funcionario de la Sala de Casación, que también conoce materia de familia en aquellos asuntos que contemplen recursos de casación. En otros términos, existen asuntos familiares que son conocidos hasta en Tres Instancias. Es necesario mencionar que, si bien es cierto los procesos de guarda, crianza y educación, en un principio, sólo se analizan en dos instancias, éste aspecto se ha discutido en procesos de divorcio, por lo que en algunas ocasiones llegan a ser objeto de impugnación a través del recurso de casación en la Sala II.

Es importante, también, señalar la existencia de un Juzgado de Niñez y Adolescencia como órgano especializado, aunque creado únicamente en la provincia de San José y es el Despacho que conoce de los procesos en que se discute la suspensión y extinción de la Patria Potestad contra los y las progenitoras, cuando el Patronato Nacional de la Infancia demanda por un estado de abandono y como una medida de protección especial a la persona menor de edad.

### **- Ejercicio de Autoridad**

En relación con el concepto Ejercicio de Autoridad la información permite deducir lo siguiente: los y las juezas lo definen de diversas maneras: Las cuales van desde la ponderación del uso de poderes legales hasta otros tipos de posesión de poder. En igual sentido, se define el ejercicio de autoridad como una potestad para decidir respecto a aspectos fundamentales y colaterales, incluso el uso arbitrario del derecho y la imposición de una resolución la cual debe acatarse obedecerse. El ejercicio de autoridad lo definen también como el poder moderador y regulador, a partir del cual el proceso se puede dirigir y decidir en forma objetiva por el y la Jueza.

Según la opinión de los y las Juezas, el ejercicio de autoridad no incide en la participación de las personas menores de edad en los procesos de guarda, crianza y educación. Sin embargo, las explicaciones cotejadas posteriormente no se correlacionan con la opinión generalizada porque se percibe, de diferentes formas, que si existe el ejercicio de autoridad judicial.

El ejercicio de la autoridad incide en el procedimiento a partir de que el y la Jueza es quien decide en la sentencia lo atinente lo que a la persona menor de edad y debe aceptarse lo dispuesto por él o ella.

Este ejercicio de autoridad podría influir en la entrevista de la persona menor de edad, por ejemplo el excesivo trabajo judicial, agendas recargadas y que no están exclusivamente dispuestas para diligencias o actuaciones referentes a las personas menores de edad.

La agenda de los juzgados permite identificar que, el ejercicio de la autoridad judicial, está burocratizada. Las entrevistas no trascienden más allá de la información, lo cual podría conducir a visualizar estos procesos en los que se discute la custodia de los y las niñas como un caso más de la estadística.

De acuerdo a la opinión de algunos de los y las juezas la sentencia es adoptada de acuerdo a los intereses de los y las adultos, para lo cual el y la Jueza se aparta de la opinión de las personas menores de edad. El derecho de opinión concluye cuando el y la Jueza dicta la sentencia. El derecho de opinión es un elemento poco trascendental tanto de los y las niñas como de los y las adolescentes y, en algunos expedientes, este derecho está ausente. El ejercicio de la autoridad tiene una incidencia directa con el derecho de opinión porque, en definitiva, el y la Jueza decide si escucha a la persona menor de edad o no lo hace. Este ejercicio se aplica por el uso discrecional del juzgador o la juzgadora, lo cual constituye un eufemismo para un acto burocrático autoritario. Una de las personas entrevistadas (Juez) diverge de la opinión generalizada, al indicar que no existe incidencia del ejercicio de autoridad en la entrevista porque la participación del niño, la niña y adolescente constituye un derecho indisponible para el juez o la jueza. Este derecho se encuentra consagrado en la ley positiva y, por ende, resulta obligatorio para el y la juzgadora.

## **- Capacitación de los y las juezas respecto a la entrevista a personas menores de edad.**

En lo referente a aspectos relacionados con la capacitación que poseen los y las juezas se observa la carencia de conocimientos teórico-prácticos para realizar la entrevista a las personas menores de edad. Sugieren que a nivel de tribunales debe existir un protocolo de actuaciones para preguntar al niño, la niña o adolescente lo referente a su propia tutela.

Los y las juezas entrevistadas consideran la carencia de técnicas como un elemento adverso de la capacitación, aunque cada entrevista se visualiza como un caso estadístico. En este sentido, los esfuerzos del Poder Judicial por capacitar a los y las juezas no han llenado las expectativas, porque tales cursos no son brindados por especialistas, sino que son impartidos por personas que carecen de la formación especial y su presencia no es permanente. En igual sentido, se requiere una coordinación con otras instituciones especializadas en niñez y adolescencia, como el Patronato Nacional de la Infancia y la C.C.S.S. para dichas capacitaciones. Algunos y algunas de los y las entrevistadas consideraron que, la experiencia está interrelacionada con la capacitación, para adquirir la habilidad especial para tratar a los y las niñas. Se establece el binomio capacitación-experiencia indispensable para realizar una entrevista a las personas menores de edad y que resulte provechosa y realimentadora.

En las formas particulares de llevar a cabo una entrevista a las personas menores de edad, los y las juezas citan la importancia de un ambiente y espacio físico adecuados, como elementos comunes. Asimismo mencionan la necesidad de apoyo de diversos profesionales para realizar la entrevista, sin distinguir cuáles. Plantean sugerencias para realizar entrevistas que pudieran distinguir características o rasgos de personalidad del niño o la niña para enfocar las entrevistas.

Estas Autoridades mencionan los aspectos para definir la sentencia, siendo disímiles, y a partir de la agrupación de ellos, se pueden mencionar de la siguiente manera:

- la información y la opinión de los y las peritas, básicamente del departamento de Trabajo Social y Psicología
- la idoneidad del padre o la madre
- la empatía o afinidad de la persona menor de edad con el padre o la madre
- el perfil psicosocial del progenitor o la progenitora
- las consecuencias de actos dañosos o amenazantes para el niño o la niña
- la edad, la salud, los hábitos y la convivencia de la persona menor de edad y del entorno familiar
- la globalidad de las pruebas
- el bienestar psicosocial de la persona menor de edad
- el Interés Superior del Niño y la Niña
- la seguridad emocional, económica y física del niño, niña o adolescente

Del listado de aspectos para definir la custodia legal, se puede deducir la ausencia de uniformidad en los criterios y el empleo de categorías de análisis no jurídicas, como “empatía”, “afinidad” o “hábitos”. Esta disparidad de criterios, en relación con la falta de capacitación, puede sugerir la necesidad de un protocolo de actuación de una preparación particular y focalizada en las técnicas en las entrevistas aplicables a personas menores de edad.

La proyección de la persona menor de edad, en el proceso judicial, continúa dentro de una concepción de objeto del derecho. Llama la atención en que “la verdad real de los hechos” no está considerada como un criterio de análisis en la sentencia.

Existe una división entre la persona menor de edad y los y las progenitoras, en donde no hay una conexión ni elementos asociados. La bifurcación obedece a la creencia que la realidad de la niñez y adolescencia, es diferente de la realidad de los y las adultas. El desarraigo de la realidad implica la biologización de la conducta, en lugar del debate de la construcción social de la personalidad.

La sentencia constituye el último eslabón en materia legal que permite amalgamar una serie de hechos y en la cual el y la Jueza de Familia se basa para determinar la custodia de los y las niñas.

Para definir una sentencia, los y las ejecutoras de la ley siguen un proceso establecido, en donde tratan según ellos y ellas de evitar la violación de los derechos humanos, en este caso, de los y las niñas. No obstante su actuar es apegado a las leyes.

Sin embargo es lógico en la práctica profesional cada persona la impregna de sus propios conocimientos específicos y de criterios pre- establecidos individualizados.

Así se observa en este análisis cuantitativo que los y las juezas presentan diferentes criterios en cuanto a la resolución de las sentencias.

Algunos parten del criterio que se debe de desmitificar los procesos de socialización, donde a la madre se le han asignado roles maternos, de cuidadora y protectora.

Es importante globalizar los hechos del expediente judicial y concluir con sentencias que permitan el bienestar psicosocial de las personas menores de edad.

## **4.2 Tipo de participación de las personas menores de edad en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación tramitados en el Juzgado de Familia de Limón en el año 2000.**

En este objetivo se trató de determinar y visualizar el tipo de participación de las personas menores de edad en dichos procesos. Es importante determinar si los y las niñas se les permitió participar activamente o si fueron objetos de derecho.

Para aclarar este objetivo se revisaron los expedientes judiciales, a fin de observar si los y las niñas fueron citadas para conocer su opinión y, por último, la opinión de los y las juezas entrevistadas. A continuación se presenta en el siguiente cuadro dichos resultados.

### **Cuadro N° 4**

#### **Participación de las personas menores de edad en los procesos según Asistencia al proceso**

<b>Participación ante el y la jueza</b>	<b>Valor Absoluto</b>	<b>Valor Relativo</b>
<b>Si se participó</b>	<b>3</b>	<b>25%</b>
<b>No se participó</b>	<b>9</b>	<b>75%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>12</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Revisión de Expedientes, Juzgado de Familia, Limón, 2004**

La revisión de los expedientes refleja que el 75% de las personas menores de edad no participaron en los procesos de guarda, crianza y educación.

Aunque el Interés Superior del Niño y la Niña refiere al niño y la niña como un sujeto de derecho y garantiza, entre otros derechos, el de opinión y participación, éstos han sido violentados. Se continúa utilizando, en estos procesos, el paradigma conservador de que el niño y la niña es objeto del proceso y no sujeto de derecho.

Se observa que, lo dispuesto en la doctrina de la protección integral, como fundamento es la base de la Convención de los Derechos del Niño, no se aplica ni cumple en la práctica judicial investigada, donde, por diferentes circunstancias, solamente un 25% de los niños y las niñas fueron entrevistados y/ o se recibió el testimonio por medio del Departamento de Trabajo Social o Psicología.

El criterio expuesto por los y las progenitoras en la variable en estudio, respecto a si hubo participación de los y las niñas en los procesos, permite observar que el 100% de los y las entrevistadas respondió que no la hubo. Presentan dos motivos variables para justificar la anterior afirmación, basándose en que “eran muy pequeños” y, además, que esta participación podría revictimizar aún más a sus hijos e hijas.

Es importante retomar que existe la concepción tradicional de que niños pequeños y niñas pequeñas no saben hablar o expresar, sus deseos u opiniones. Pareciera ser que el lenguaje verbal es la única forma de expresión conocida, cuando es sabido que para atender niños pequeños o niñas pequeñas existen técnicas específicas como el dibujo, la representación animada, las fotos, los títeres, los relatos y los cuentos, los cuales permiten despertar interés en los y las niñas y lograr mayor empatía y obtener conocimiento de las personas menores de edad.

El dato obtenido es coincidente con lo que revelan los expedientes judiciales y las entrevistas a los y las funcionarias judiciales, en cuanto a que no se permite una efectiva participación de las personas menores de edad en los procesos de guarda, crianza y educación.

**Cuadro N° 5**  
**Personas Menores de Edad según Tipo de Participación**

Tipo de Participación	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>Hubo Participación</b>	-	-
<b>No hubo participación</b>	<b>6</b>	<b>100%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>6</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Entrevista a progenitores, Limón, 2004**

Referente a la variable de participación de los personas menores de edad en estos procesos, las respuestas fueron diversas porque se parte de la concepción profesional, el conocimiento teórico de cada uno y el tipo de puesto. Por lo tanto en las siguientes páginas existe una variada convergencia de opiniones, las cuales se enuncian textualmente para obtener conclusiones objetivas. También se incluye información referida al concepto que poseen sobre lo que es el Principio de Opinión.

## - Derecho de opinión de los y las niñas

El derecho de opinión de los y las niñas se define, consistentemente por los y las entrevistadas, como el derecho que tienen de ser oídas y escuchadas en todo proceso judicial. Se visualiza, a la vez, como el derecho que tiene el y la niña de ser informada de lo que se discute en el proceso; de los derechos que le asisten, y de la facultad de externar sus deseos. Se habla también del derecho de opinión en el término de “posibilidad” que el y la niña sea escuchada. En el análisis de los términos “derecho” y “posibilidad” se observa que, el lenguaje, es distinto.

Cuando se habla de “derecho” se refiere a la exigibilidad del ejercicio de todo aquello que la ley le permita hacer y una “posibilidad” significa que puede ser o suceder un determinado derecho. Llama la atención que algunos de los y las entrevistadas hablaron de “posibilidad”, lo cual sugiere que depende de cada juez jueza, que el y la niña sea escuchada y no como una facultad de hacerlo siempre.

Esta forma de conceptualizar el derecho de opinión como una posibilidad incide en las circunstancias que, no es en todos los procesos, que el y la niña es escuchada y se ejerce el derecho que la ley le confiere. Lo anterior, en forma independiente de que, en la medida que posea mayor desarrollo cognitivo, así será su discernimiento de elegir. Ahora bien, al mencionar el término “posibilidad” va a depender de la relación con otros aspectos como desarrollo cognitivo y discernimiento. Cuando se habla de derecho como una “posibilidad” se está visualizando como expectativa, lo cual no constituye ningún derecho. Todo derecho implica una obligación, en este caso la del Juez o Jueza, de permitir la opinión de la persona menor de edad.

Se expone en las entrevistas la puesta en práctica del derecho de opinión, el cual se cumple mediante la entrevista que se realiza a la persona menor de edad en un ambiente apropiado; sin intervención de partes o abogados; permitiéndole expresar los deseos o, bien, delegando la entrevista para que sea realizada por otros y otras profesionales, como el y la Trabajadora Social y el y la Psicóloga. Al evitar la práctica de la entrevista de la persona menor de edad, para escucharla con respecto a la custodia, y al ampararse a la que eventualmente realicen los y las profesionales en Trabajo Social y Psicología, se violenta el derecho porque no es lo mismo una entrevista personal que lo que se pueda extraer de la efectuada por otro u otra profesional, ya que por el principio de inmediación de la prueba, el y la jueza puede captar mediante el lenguaje verbal y no verbal aspectos importantes para definir la custodia.

Los y las Juezas, en forma global, refieren que no entrevistan a las personas menores de edad en todos los procesos judiciales. Los y las mismas toman en consideración criterios para realizar la entrevista como la edad y la existencia o no de problemas psicológicos. La participación de niños, niñas y adolescentes con corta edad o con problemas psicológicos no “llevan a nada” y pueden revictimizarlo. La edad para entrevistar no está homogenizada entre las personas entrevistadas, ya que algunos y algunas lo hacen con personas menores de siete u ocho años, mientras que otros y otras con personas de más de tres o cuatro años. El “discernimiento” constituye el diferenciador entre las personas menores de edad, por lo cual, según ellos y ellas, desconocen la percepción del mundo desde la concepción. Sin embargo, una persona entrevistada si hace partícipes a las personas menores de edad, donde está siendo definida la custodia legal. Las entrevistas las realizan a partir de diferentes técnicas, a fin de acceder a la opinión del niño, niña y adolescente con corta edad o con trastornos psicológicos.

Socialmente se percibe la concepción que, sólo a través del lenguaje verbal, las personas expresan sus pensamientos, creencias, sentimientos o emociones. Sin embargo, en la realidad y las teorías psicológicas lo apoyan teóricamente, las personas se comunican por medio del lenguaje no verbal que incluye movimientos corporales, gestos y estados de ánimos, entre otros. Ahora bien, pareciera ser que los y las juezas poseen una concepción estandarizada respecto a que los y las niñas pequeñas (de 1 a 4 años) son difíciles de entrevistar o de obtener información respecto a sus deseos o derechos. También se observa que estos y estas profesionales prefieren no entrevistarlos para evitar revictimizarlos y se basan en estudios periciales.

Sin embargo, consideran que es importante que estas pruebas o testimonios sean observados en equipos interdisciplinarios, para que se de una mayor retroalimentación entre disciplinas.

Además, es notorio que los y las juezas carecen del conocimiento teórico- práctico referente a la atención de niños y niñas porque, aunque es un campo específico de otros y otras científicas sociales como los y las psicólogas y los y las trabajadoras sociales, es necesario que los y las profesionales en materia de familia se capaciten y obtengan un bagaje de conocimiento para que el y la niña puedan disfrutar de principios de igualdad, derecho de opinión y participación.

Se generaliza dentro de los y las juezas el criterio de que algunos y algunas niñas involucradas en los procesos de guarda, crianza y educación presentan problemas psicosociales y que la entrevista jurídica es innecesaria porque revictimiza. Este criterio podría ser equívoco ya que no todos los y las niñas presentan problemas mentales o psicosociales.

Otra opinión de los y las juezas refieren a que ellos y ellas tienen “poca conciencia del tema” o que su tiempo es limitado. Estas dos razones coartan derechos enmarcados en la Convención dentro de estos el Principio del Interés Superior del Niño y la Niña.

Al responder a esta pregunta, los y las juezas opinan que en estos procesos la participación de las personas menores de edad es pasiva y/o indiferente. Desde la perspectiva del funcionario judicial, concluyen que la participación depende del juez o jueza, en su ejercicio del poder, porque conduce el proceso judicial y la participación del niño o la niña. Lo anterior por varias razones, entre ellas están las siguientes: que el y la niña quizás desconoce profundamente lo que se está discutiendo; la discrepancia es entre los y las progenitoras; y que la decisión puede perjudicarlo o perjudicarla. Otros aspectos que el y la niña puede conocer poco, es que es objeto de derecho en vez de ser sujeto de derecho.

Conforme la doctrina y a nivel teórico, se ha contemplado por mucho tiempo atrás la perspectiva de la situación irregular, en donde se consideraba al niño y la niña “objeto de derecho”, se visualiza como una persona en situación conflictiva, como niño o niña infractora ante una situación difícil; y donde el y la jueza asumía una mentalidad paternalista, fijándole castigos para reformarlo. Bajo este enfoque, no existían derechos que pudieran amparar el respeto de los y las niñas como seres humanos, como se evidencia en un recuento histórico. Surgen movimientos sociales que buscan la regulación de derechos, que pudieran positivizar y permitieran un cambio, de modo que el y la niña fueran considerados como sujetos de derecho. Nacen otras legislaciones, como la Convención de los Derechos del Niño, la cual con un nuevo fundamento viene a contemplar que el y la niña es sujeto de derecho, de garantías y de participación, como los artículos 3, 5 y 8, que tiene una nueva visión garantista y de respeto.

Sin embargo, aunque existe un manejo, por parte de los y las funcionarias judiciales, del contenido doctrinario o conceptual de los derechos y principios de la niñez y la adolescencia, se observa que en la práctica la aplicación de los mismos no ocurre, por lo cual se incurre en la violación, que se daba con la doctrina de la situación irregular, de los derechos que se lograron positivizar, como mecanismo de garantizar la participación, como todas aquellos y aquellas que tenían que ver con los asuntos que involucra a los y las niñas. El cambio de paradigma ha quedado parcialmente en el área teórica, sin que haya habido grandes modificaciones en la aplicación.

Es preocupante la situación de la niñez porque, han transcurrido quince años desde la ratificación del Código de los Derechos del Niño, sin que haya una aplicación clara de los principios del mismo.

Se desprende de la información obtenida y en forma no generalizada, que no se aplican las normas por “conveniencias” o criterios particulares del juez o jueza, posiblemente para una mayor comodidad a la hora de fallar, lo cual se facilita por la potestad que tiene en controlar la dirección del proceso.

#### **4.3 Verificación de la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño y la Niña en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación.**

Respecto a esta variable se obtuvo la opinión de los y las progenitoras y de los y las Juezas sobre el conocimiento y aplicación de dicho principio. Los datos analizados reflejan la siguiente información. A continuación se presenta la opinión de los y las juezas.

El Interés Superior del Niño se define, de acuerdo a los criterios emitidos en las entrevistas a los y las Juezas, como el conjunto de derechos e intereses inherente a las personas menores de edad, los cuales deben ser respetados en el caso concreto, para garantizar la integridad y el desarrollo psicosocial. Se destaca, dentro de la conceptualización, que este principio surge como un instrumento de protección a la persona menor de edad por la especial condición y por la vulnerabilidad y que, por ello, en todo asunto se debe resolver atendiendo la mejor conveniencia a la persona menor de edad. Es decir, fallar de acuerdo a lo que le favorezca, tomando en cuenta los valores fundamentales sobre cualquier otro valor. Por otra parte consideran los y las juezas que, el principio del Interés Superior del Niño y la Niña, en realidad, no tiene una definición específica y que se basa en lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño y que, por eso, implica resolver conforme a todo lo que atañe en bienestar del niño y su protección.

En consecuencia, la aplicación práctica del principio del Interés Superior del Niño y la Niña es realizado o se cumple, en el tanto y en el cuanto, se tome en consideración todo aspecto de la realidad que subyace en el caso concreto e, incluso, garantizando los derechos frente al progenitor y la progenitora.

La aplicación práctica implica la empatía del juez o la jueza con la persona menor de edad, de modo que, en base a la verdad real, se tomen las mejores decisiones, considerando al niño, la niña y adolescente como sujetos de derecho, en cualquier acto o tramitación del proceso, independiente de los intereses de los adultos.

Seguidamente se presenta la opinión de los y las progenitoras entrevistadas.

La información del cuadro N° 6 permite deducir que, existe desconocimiento del concepto de Interés Superior del Niño y la Niña, por parte de los y las progenitoras entrevistadas.

El hecho que el 83,33% de los y las progenitoras desconozcan lo que constituye el Interés Superior del Niño resulta significativo, si se compara con el porcentaje del 39% de las sentencias fundamentadas en tal principio. A partir de estos datos, se puede conjeturar que los y las juezas utilizan el Interés Superior del Niño como un mecanismo reglamentario, ya que los y las progenitoras involucradas en el proceso, no conocían a que se refería tal principio. Los y las juezas no han protegido, en forma integral, los derechos de las personas menores de edad.

**Cuadro N° 6**  
**Los y las progenitoras según Conocimiento del Interés Superior del Niño y la Niña**

	<b>SI</b>	<b>NO</b>
Conoce qué es el Interés Superior del Niño y la Niña	<b>1</b>	<b>16,7</b>
No conoce qué es el Interés Superior del Niño y la Niña	<b>5</b>	<b>83,3</b>
<b>Total</b>	<b>6</b>	<b>100</b>

**Fuente: Entrevista a progenitores, Limón, 2004**

La siguiente tabla refleja que este Principio se constituye en el principal elemento utilizado por los y las Juezas para dictar sentencias. No obstante pareciera que dicha resolución se hace mencionando este principio en términos teóricos, sin llegar a conocerse a profundidad lo que conlleva el mismo.

Se hecha de menos un análisis exhaustivo de las circunstancias que subyacen en el caso concreto que permita, a las partes intervinientes, tener un panorama claro del porque el y la jueza considera que lo resuelto es lo más conveniente para la persona menor de edad.

**Tabla N° 1**  
**Criterio Legal de la en Sentencia**

<b>Criterio Utilizado</b>	
<b>Prevalencia del criterio de Trabajo Social y/o Psicología</b>	<b>5</b>
<b>Interés Superior del Niño y la Niña y/o Criterio del Niño</b>	<b>7</b>
<b>Convenciones y Leyes relacionadas con los Derechos del Niño y la Niña</b>	<b>1</b>
<b>Criterios de Testigos</b>	<b>-</b>
<b>Cumplimiento o no a citatorias y/o interés demostrado por progenitor</b>	<b>3</b>
<b>Sin sentencia</b>	<b>2</b>

**Fuente: Revisión de Expedientes, Juzgado de Familia, Limón, 2004**

La tabla contiene otros aspectos que también fueron tomados en cuenta por los y las juezas al dictar la sentencia. El número corresponde a la cantidad de asuntos en los cuales se tuvo como base, bien el Interés superior del Niño, el criterio de trabajo social y psicología y la normativa internacional.

Se destaca que, en ninguna de las sentencias en las que se evacuó prueba testimonial, sirvió de criterio la valoración de la misma. En cinco casos el y la jueza se amparó a lo que arrojaron los estudios periciales, para lo cual valga destacar que no fue en todos los expedientes en que se realizó esta pericia y, en las que se efectuó, no todos los y las niñas involucradas fueron entrevistadas.

#### **4.4 Determinación respecto a si la edad de la persona menor incide en la participación de los procesos de guarda, crianza y educación.**

**Cuadro nº 7**  
**Personas menores de edad según edad Cumplida**

Edad Cumplida	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>Del 1 día nacido (a) a 2 años</b>	-	-
<b>De 3 a 4 años</b>	<b>3</b>	<b>20%</b>
<b>De 5 a 7 años</b>	<b>5</b>	<b>38%</b>
<b>De 8 a 10 años</b>	<b>3</b>	<b>20%</b>
<b>De 11 a 13 años</b>	<b>1</b>	<b>10%</b>
<b>De 14 años o más años</b>	<b>1</b>	<b>10%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>13</b>	<b>98%</b>

**Fuente: Revisión de Expedientes, Juzgado de Familia, Limón, 2004**

Del cuadro número 7 se desprende que los y las niñas estudiadas, a partir de los expedientes judiciales, se ubican en edades muy cortas (1 año) hasta 10 años. Lo anterior corresponde a un 78% de la muestra.

Es importante recalcar que en estas etapas de crecimiento las personas menores de edad deben vivir en un ambiente parental, maternal y/o familiar estable en diferentes áreas: social, económica, psicológica y espiritual.

La anterior afirmación porque la estabilidad emocional permite la estructuración de la personalidad sana y equilibrada. No obstante, si el y la niña se enfrenta a separaciones de sus progenitores y progenitoras y a procesos judiciales, podría verse afectada su personalidad y ser niños o niñas temerosas, inseguras, introvertidas y hasta sentirse culpabilizadas por situaciones de conflictos de su padre y su madre.

Por tratarse de niños y niñas con edades cortas, el y la jueza debería tener conocimiento teórico de técnicas de desarrollo de la empatía para interpretar y aplicar la legislación de niñez y adolescencia y que, en la tramitación de procesos de guarda, crianza y educación, emplean las técnicas para producir mayor empatía y confianza en esta población. Los y las niñas desconocen todas las situaciones y aspectos que se generan de los procesos, pues se determinan que el padre y la madre involucran a los y las niñas en etapas muy importantes en la formación de la personalidad. El conflicto entre el padre y la madre surge sin pensar cómo afectan a los y las hijas.

Del mismo cuadro, se deduce que hay una menor incidencia de procesos, donde los y las niñas tienen probablemente mayor desarrollo cognitivo y, por ende, discernimiento, que aquellos y aquellas que no lo tienen. Se podría pensar que, en ese grupo etáreo, el y la niña pueden tener un mejor desenvolvimiento frente a sus padres que el y la niña menor de 10 años. Ante la separación del padre y madre, cuando los y las niñas tienen más de 10 años, la persona que asume la custodia de la persona menor de edad, no es mayor objeto de discusión porque se podría respetar la opinión del hijo o hija, quien a esas edades piden ser respetados, en forma verbal.

Algunos y algunas progenitoras opinan que los y las juezas son quienes deciden la custodia. Consideran que la opinión de la persona menor de edad es válida, pero no decisoria.

En este sentido, los y las juezas y los y las progenitoras constituyen las personas llamadas a decidir y proteger el Interés Superior del Niño y la Niña, dicha premisa antecede los intereses propios de la persona entrevistada. La opinión del niño, niña o adolescente puede causar daño a sí mismo, de acuerdo con la concepción negativa. Otros y otras refieren que, de acuerdo a la edad y emotividad, las personas menores de edad pueden expresar el deseo de cuál progenitor o progenitora deberá ostentar la custodia amparados en la aplicación del principio de opinión amparado al derecho de participación.

Las personas menores de edad son individuos dotados de sentidos, instintos y razón. Según los y las juezas un argumento del criterio positivo consiste en que, toda persona, sabe desde la niñez dónde se siente más feliz y, en donde, podría disfrutar de un futuro mejor. Otros y otras opinan que aún siendo niños y niñas poseen la capacidad cognitiva- emocional, para decidir cual progenitor o progenitora satisface a plenitud su vida.

Sin embargo, si comparamos los datos de los expedientes judiciales, la opinión de los y las progenitoras y de los y las juezas se podría estar presentando una contradicción entre lo teórico y lo práctico al no brindársele al niño o la niña cuotas de participación en estos procesos.

Correlacionando la edad de los y las niñas, el principio del Interés Superior y el derecho de opinión, se observa que el 100% de los padres o madres expresaron que conocen el concepto de derecho de opinión del niño.

Teóricamente este principio, se refiere a que el y la niña está en condiciones de formarse un juicio propio y de expresar su opinión en todos los asuntos, de acuerdo a su edad y etapa de maduración. Así, específicamente, el y la niña debe contar con las oportunidades para ser escuchada en todo proceso judicial o administrativo que la afecte. El Código de la Niñez y la Adolescencia señala que los Juzgados, (en este caso el de Familia), establecerá las medidas adecuadas para realizar entrevistas con el apoyo de equipos interdisciplinarios y, en presencia, del Juez o la Jueza.

Los padres y las madres especificaron que, este derecho, consiste en respetar lo que el y la niña quiera, respecto al deseo de con quiere vivir y a explicar lo que piense y siente. Sin embargo, en la ejecución de los procesos de sus propios y propias hijas, este principio no se cumplió plenamente, ya que solo un mínimo porcentaje de personas menores de edad fueron entrevistadas por el y la Jueza y algunos y algunas por otros y otras profesionales como Trabajador o Trabajadora Social y Psicólogo o Psicóloga.

### **Cuadro N ° 8**

#### **Los y las progenitoras según Conocimiento del Derecho de Opinión de las Personas Menores de Edad**

	SI	NO
<b>Conoce que es derecho de Opinión</b>	<b>6</b>	<b>100%</b>
<b>No conoce que es derecho de Opinión</b>	<b>-</b>	<b>-</b>
<b>TOTAL</b>	<b>6</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Entrevista a progenitores, Limón, 2004**

Al analizar este cuadro con datos de los expedientes judiciales, existe una franca contradicción entre la realidad de los y las niñas, la aplicación del principio referido al derecho de opinión y la opinión de los y las progenitoras, en el sentido que, conociendo el derecho, no lo hicieron valer en los procesos judiciales.

Los y las progenitoras pudieron solicitar o exigir cuotas de participación de sus hijos o hijas en el Juzgado. Sin embargo, por diferentes motivos, no lo hicieron.

#### **4.5 Identificación del tipo de participación de los y las progenitoras en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación en estudio.**

A partir de este objetivo se tomaron en cuenta variables como participación de los padres o las madres, para ello se consideran importantes acciones como: las diligencias, las pruebas testimoniales, la presentación de escritos, la asistencia a las audiencias, la edad, el sexo, la ocupación, el conocimiento en cuanto a las funciones del Juzgado de Familia y la opinión respecto a la sentencia final.

A continuación se presenta la información obtenida en el trabajo de campo.

**Cuadro N° 9**  
**Los y las progenitoras según Edad Cumplida**

Años Cumplidos	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>De 18 a 23 años</b>	<b>4</b>	<b>29%</b>
<b>De 24 a 28 años</b>	<b>1</b>	<b>7%</b>
<b>De 29 a 33 años</b>	<b>2</b>	<b>14%</b>
<b>De 34 a 38 años</b>	<b>-</b>	<b>-</b>
<b>De 39 años o más años</b>	<b>1</b>	<b>7%</b>
<b>No se anota</b>	<b>4</b>	<b>43%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>12</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Revisión de Expedientes, Juzgado de Familia, Limón, 2004**

El cuadro 9 refleja que un 36% de los y las progenitoras se encuentra entre los 18 y 28 años, que corresponde a la etapa adulto joven. En esta edad, las personas inician su proyecto de vida en cuanto a relación de pareja, a nivel laboral y en el ámbito social. En esta etapa, apenas se está concluyendo la adolescencia (18 a 23 años) y constituye la de post- transición, donde la persona esquematiza e inicia su proyecto existencial de vida.

En etapas posteriores de años, la incidencia es menor en cuanto a conflictos de definición de la guarda, crianza y educación, lo cual supone varias situaciones: 1) entre más edad del y la progenitora, los y las hijas tiene más edad y, aunque se den separaciones, la custodia de ellos y ellas no van a provocar que se acuda a la vía judicial; 2) que en el y la progenitora adultos, en edades de 29 a más años de edad, existe una mayor madurez que el y la progenitora de menor de edad e, incluso, de los 29 a los 33 años, aún es alta la incidencia de progenitores que se disputan la custodia en la vía judicial y disminuye a un porcentaje muy importante, de los 34 años a más años de edad.

La etapa adulto joven supone mayores dificultades para una comunicación asertiva y, de tal manera, crear las condiciones para un diálogo de concesiones. En esta etapa, hay una mayor dificultad para resolver las disputas y, por tales motivos, recurren a la vía judicial. Por otra parte, un 34% son padres o madres con 39 años o más. Esto significa que son adultos donde ya transcurrieron etapas de padres o madres jóvenes y, es posible, que los y las niñas que fueron involucrados en estos procesos superaron edades de 1 año a 4 años, contando ahora con aproximadamente 10 a 12 años, ubicándose como pre- adolescente. Para estas edades los y las niñas pueden expresar mayormente sus deseos con lenguaje verbal y, es posible, que las discrepancias parentales hayan disminuido porque las personas menores de edades opinan y expresan con mayor fluidez y seguridad. En otros términos, es posible deducir una premisa, la cual consiste en que a menor edad de los y las progenitoras y, consecuentemente, de los y las hijas, hay mayores demandas judiciales y, a mayor edad de los y las progenitoras y, en consecuencia, de los y las hijas, hay menos demandas judiciales.

**Cuadro n° 10**  
**Progenitores y progenitoras entrevistadas,**  
**según Sexo**

Sexo	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>Femenino</b>	<b>1</b>	<b>17%</b>
<b>Masculino</b>	<b>5</b>	<b>83%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>6</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Entrevista a progenitores, Limón, 2004**

El cuadro 10 demuestra que el 83% de los y las entrevistadas fueron hombres y el 17% mujeres. Aunque la muestra de los expedientes judiciales fue de 12, lo que revela al menos la existencia de doce progenitores como actores, únicamente se entrevistaron seis progenitores. Lo anterior para conocer sus opiniones con respecto a la forma como se tramitó el proceso y otras dimensiones de la variable. Es importante destacar que así como fueron los padres los que plantearon los procesos de guarda y crianza, en estos otros cuadros estadísticos se puede apreciar que igual fueron padres los que se ubicaron para llevar a cabo el trabajo de campo. Madres no se localizaron. Esta relación tiene importancia para la validez del análisis, porque los datos encontrados en los expedientes, pueden cotejarse con los obtenidos a través de las entrevistas que se hicieron con éstos.

**Cuadro N° 11**  
**Personas adultas entrevistadas,**  
**según parentesco con el y la niña**

Tipo de Parentesco	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>Padre</b>	<b>5</b>	<b>83%</b>
<b>Madre</b>	<b>1</b>	<b>17%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>6</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Entrevista a progenitores, Limón, 2004**

Este cuadro se correlaciona con el cuadro n° 10, referido al tipo de sexo determinándose que el 83% equivale a hombres. Este es el mismo valor relativo correspondiente a padres que presentaron el proceso de demanda.

Retomando aspectos de género y de socialización se observa que, en nuestra sociedad patriarcal, las personas menores de edad al nacer permanecen, en la mayoría de los casos, con la progenitora. Conforme crecen y se presentan conflictos de pareja, se inician las disputas para “obtener la custodia del niño o la niña y mantenerlo a su lado”. Aquí, es importante analizar si, en estos conflictos, prevalece un deseo de ejercer poder haciéndose cargo del niño o la niña o, podría ser, una forma de presión para intimidar a las mujeres, ya que al separarse las parejas quedan secuelas de posesión de hijos e hijas.

**Cuadro N° 12**  
**El y la progenitora según Estado Civil**

Estado Civil	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>Unión Libre</b>	<b>2</b>	<b>8%</b>
<b>Casados y Casadas</b>	<b>4</b>	<b>16%</b>
<b>Solteros y Solteras</b>	<b>14</b>	<b>58%</b>
<b>Divorciados y Divorciadas</b>	<b>2</b>	<b>9%</b>
<b>No se sabe</b>	<b>2</b>	<b>9%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>24</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Revisión de Expedientes, Juzgado de Familia, Limón, 2004**

El cuadro N° 12 refleja que el 16% de los y las estudiadas (padres y madres) contrajeron matrimonio y, posteriormente, se presentan discrepancias que condujeron a la separación y/o divorcio, por lo cual uno de los dos presentó el proceso.

Es importante destacar que el 58% de los y las estudiadas se ubicaron como soltera y soltero, lo cual podría sugerir una creencia colectiva de que la madre, en la condición civil de soltera, ejerce la Patria Potestad en forma exclusiva.

Se observa que la custodia de los y las hijas se la disputan más las personas con un estado civil en soltería, que los y las casadas o los o las divorciadas. Estos datos pueden sugerir la presencia de una mayor intermediación social en la resolución de las controversias de las personas casadas, que de las personas solteras. Es probable que los y las casadas resuelvan la custodia por medio de otras vías alternativas, como la conciliación, mientras que los y las solteras se disputan a los hijos en los Juzgados, como símbolo de posesión.

**Cuadro N° 13**  
**Los y las progenitoras según Ocupación**

Oficio	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>Oficios Domésticos</b>	<b>6</b>	<b>25%</b>
<b>Operario</b>	<b>1</b>	<b>4%</b>
<b>Dependiente</b>	<b>2</b>	<b>8%</b>
<b>Oficinista</b>	<b>1</b>	<b>4%</b>
<b>Otros (Cocinero, Auxiliar Enfermero, Futbolista y Chofer)</b>	<b>10</b>	<b>42%</b>
<b>Se desconoce (no se registra en expediente)</b>	<b>4</b>	<b>17%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>24</b>	<b>99%</b>

**Fuente: Revisión de Expedientes, Juzgado de Familia, Limón, 2004**

El cuadro N° 13 refleja que el 42% de los y las analizadas se ubican en ocupaciones como: cocineros, futbolistas y chofer, las cuales constituyen labores ocasionales o poco remuneradas, lo cual podría conducir a pensarse que, aunado al 25% de ocupaciones u oficios domésticos, el factor económico podría desencadenar en una crisis que afectan la dinámica de la pareja y que repercute en los niños y las niñas.

En el mismo cuadro, se aprecia que existe ausencia de personas que cursaron estudios profesionales y técnicos, lo que podría significar que personas con este nivel educativo solucionan este tipo de conflictos, sin necesidad de acudir a la vía judicial.

## Cuadro N° 14

### Los y las progenitoras según conocimiento respecto a las funciones del Juzgado de Familia

Tipo de Conocimiento	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>Sí lo Conoce</b>	<b>5</b>	<b>83%</b>
<b>No lo Conoce</b>	<b>1</b>	<b>17%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>6</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Entrevista a progenitores, Limón, 2004**

En el cuadro número 14 se menciona que el 83% de los y las entrevistadas conocen de la existencia del Juzgado de Familia, ya que ellos y ellas debieron asistir durante dos años a realizar trámites, tiempo en el que transcurrió la tramitación de los procesos. No obstante, no existen criterios unificados y claros respecto a las funciones de dicho Juzgado. Así opinaron que esta instancia asume diferentes asuntos, como: definir custodia de niños o niñas, tramitar pensiones alimentarias, denunciar agresiones contra las mujeres, tratar asuntos de familia y de la comunidad y , en general, velar para que el y la niña “no salga perjudicado”.

Retomando generalidades de estas opiniones, se deduce que los padres y las madres conocen en forma general de las pretensiones que se plantean en el Juzgado de Familia, aunque refieren otras funciones que se alejan de los objetivos de este ente legal.

### **Cuadro N° 15**

#### **Los y las progenitoras según opinión respecto a la Sentencia Final**

	Valor Absoluto	Valor Relativo
<b>De acuerdo</b>	<b>2</b>	<b>33%</b>
<b>En desacuerdo</b>	<b>4</b>	<b>67%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>6</b>	<b>100%</b>

**Fuente: Entrevista a progenitores, Limón, 2004**

En el cuadro N° 15, referido a la satisfacción o insatisfacción de los y las entrevistadas respecto a la sentencia final, el 67% manifestaron estar en desacuerdo con la misma y el 33% se muestran conformes y satisfechos. Opinan el grupo mayoritario “que los Jueces fueron poco analíticos, que ellos no fueron tomados en cuenta, o no querían pelear más y así evitar problemas”.

Es importante retomar que, la mayoría de los y las niñas, permanecieron o quedaron bajo la tutela de la madre. Esta definición se encuentra ligada con formas estructurales, donde existen características socialmente asignadas a cada sexo, diferenciados por los papeles femeninos y los masculinos. Siendo las madres las ubicadas dentro de la crianza de los y las hijas, factor que pudo ser tomado en cuenta para que los y las Juezas emitieran la sentencia. Por ende, los y las progenitoras se muestran disconformes, ya que social y legalmente se les podría estar relegando del rol de padre, por un asunto de género.

## **CAPITULO V- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **5.1 Conclusiones respecto a objetivos planteados**

#### **- Caracterización del ejercicio de autoridad de los y las funcionarias judiciales (Jueces y Juezas) en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación.**

A partir del marco teórico y de la operacionalización de variables el ejercicio de autoridad, en sentido genérico, se refiere a la potestad que ejerce una persona respecto a otros u otras. Así, en sentido más restringido, los y las juezas de Familia son personas con potestad para aplicar las leyes atinentes a los procesos de guarda, crianza y educación de las personas menores de edad. En otros términos, la ley es la que les confiere esa investidura. Dichos procesos son presentados, ante el Juzgado, por los y las progenitoras cuando existen disputas por la custodia de sus hijos o hijas. Los y las juezas entrevistadas definen el ejercicio de autoridad desde la ponderación del uso de los poderes legales hasta otro tipo de posesión del poder por su investidura en el puesto ocupado. El ejercicio de autoridad en la práctica profesional, lo definen en el proceso judicial como la potestad para decidir respecto a aspectos fundamentales y colaterales. Opinan que en algunas ocasiones el ejercicio de autoridad se puede inclinar en sentido subjetivo, y se impone el criterio jurídico, el cual es de acatamiento obligatorio. No obstante, otros criterios los enfocan visualizando el ejercicio de autoridad de los y las juezas como un poder moderador y regulador.

Caracterizan este ejercicio de autoridad legitimándose los actos y decisiones del funcionario judicial a través del discurso jurídico del “poder moderador” Admitirse un poder ejercido “moderadamente”, lo que significa evitar el exceso o rigor de la norma y actuar dentro de los límites de la razonabilidad.

¿Pero menoscaba este poder moderador del Juez o la Jueza el derecho del niño o la niña de ser oído en juicio y, consecuentemente, de tener una participación significativa en el proceso? Deja esa supuesta “razonabilidad” un espacio a la arbitrariedad, ya que el y la Jueza definirá de acuerdo a su propio criterio profesional y personal, si escucha o no, a la persona menor de edad.

Para el caso específico de los expedientes tramitados en el Juzgado de Familia de Limón (2000) se observa que los y las juezas utilizan 03 criterios básicos para dictar la sentencia, los cuales se refieren a los criterios periciales de Trabajo Social y/o Psicología; a aspectos concernientes al principio de Interés Superior del Niño o la Niña y, finalmente, toman en cuenta otros elementos de prueba como las testimoniales.

Se debe entender que el ejercicio de autoridad del juez o la jueza no se puede interpretar como un poder absoluto porque, de lo contrario, conduce a deducir en una figura arbitraria, que se aparta de las reglas legales. Es la autoridad judicial, en principio, quien debe dar el ejemplo necesario para que los y las niñas ostenten la condición jurídica que merecen. Solo se podrá hablar de libertad de expresión cuando al niño o la niña se le permita exteriorizar su pensamiento.

Se logró conceptualizar con la presente investigación el tipo ejercicio de autoridad que realizan los y las Juezas en los procesos de guarda, crianza y educación. A pesar de los cambios doctrinales se observa que, en la práctica, se trabaja aún bajo el esquema paternalista – Autoritario del Juez o la Jueza, en donde este o esta administra la justicia como un acto potestativo que se deriva de su investidura o autoridad y no de los derechos de los y las niñas.

## **- Incidencia de la edad y tipo de participación de los y las niñas en los procesos abreviados de guarda, crianza y educación.**

En el proceso investigativo se encontró que para los y las juezas, en general, resulta difícil la idea de otorgar participación y escuchar a las personas menores de edad, cuando éstas se encuentran en edades que oscilan entre un año a diez años. Refieren que estas personas podrían carecer de entendimiento, que son ajenos al conflicto familiar y que, finalmente, es el juzgador quien decide a quien otorga la guarda, crianza y educación. El estudio permitió determinar que su poder moderador, en esta situación particular, encuentra legitimación en el tanto la misma normativa establece que, se oirá al niño o la niña, tomando en cuenta su madurez y su edad. Sin embargo, no existe un mecanismo en la jurisprudencia para determinar a partir de que edad un niño o una niña tiene discernimiento. Como se ha mencionado en otros apartados, el lenguaje verbal es un aspecto para observar, analizar y, el mismo, puede aportar aspectos relevantes que coadyuven para decidir respecto a su bienestar. No obstante, para entender el lenguaje no verbal de personas menores de edad (3 a 5 años) se debe poseer conocimiento especializado para interpretarlo.

Se determinó que la tendencia actual es no entrevistar a la persona menor de edad, aduciendo razones de edad y falta de discernimiento o juicio para opinar. El criterio legal predominante es la obligación de escuchar, ciertamente tomando en cuenta la edad y discernimiento. Sin embargo es el y la jueza quien, al poner en práctica la disposición legal, debe procurar legitimar el derecho del niño o la niña, buscando las estrategias, técnicas adecuadas y abarcando un universo mayor de niños y niñas que participen en estos procesos legales.

## **- Verificación de la aplicación del principio del Interés Superior del Niño y la Niña en estos procesos.**

La Convención de los Derechos del Niño representa un amplio consenso, respecto de cuáles deben ser los deberes de la familia y la sociedad hacia el y la niña. La misma intenta llenar los vacíos de conocimiento en los instrumentos internacionales precedentes. Y, aunque la existencia de un marco jurídico, no es suficiente para asegurar la protección del niño y la niña, al mismo tiempo ha dado relevancia a la consagración formal de sus derechos por constituir un instrumento ordenador de las acciones concretas. La intención de la Convención no sólo es la protección del niño o la niña contra la violación de sus derechos humanos, sino que pretende crearle condiciones favorables que le permitan una participación activa, significativa y creadora en su vida social. Dentro de estos espacios los Juzgados de Familia deberían ser despachos para aplicar este derecho, de modo que debe existir en los y las juezas una mayor acuciosidad; poner en práctica derechos consagrados en la Convención y que, con su ejercicio de Autoridad, los aplique en forma abierta y no restrictiva, como se demostró en la investigación cuantitativa. Ello conllevaría a resolver el caso con mayor tino y, por ende, aplicando en términos prácticos el Interés Superior del Niño y la Niña. Se debe eliminar la disyuntiva entre la justicia que respeta el ejercicio de autoridad de los funcionarios judiciales y una justicia que busque esencialmente amparar a la persona menor, permitiéndole realmente su participación significativa en los procesos judiciales. Esta decisión aparece como un valor central en los procedimientos.

El derecho de las personas menores de edad de ser escuchadas no debe considerarse como una mera posibilidad y como una cuestión que depende de la potestad jurisdiccional pues, actualmente, si el y la niña está en condiciones de formarse un juicio propio, debe expresar libremente su opinión, como su derecho y, el mismo, debe ser respetado.

Solo la conjunción armónica de los dos principios, el Interés Superior y el Derecho de Opinión, permitiría romper con los postulados de la Situación Irregular y erigir a las personas menores de edad como sujetos de derecho.

### **- Ejercicio de Autoridad de los y las progenitoras**

En relación con el objetivo dirigido a identificar el tipo de participación de los y las progenitoras en los procesos objeto de nuestro estudio, se puede afirmar que existió una participación pasiva.

Es importante mencionar que, a la familia, se le confiere la función básica de contribuir al pleno desarrollo de las potencialidades de los y las hijas, lo cual ocurre a través de la transmisión de normas, valores y formas de actuar. La familia, como el primer grupo de socialización del niño y la niña, se constituye en un modelo significativo para su desarrollo emocional y social. Todas las familias son cambiantes y enfrentan crisis temporales como puede ser la custodia de un niño o una niña. De allí que depende de la crisis que se presente, de la actitud y comportamiento de los y las progenitoras, así va a ser el ejercicio de autoridad. Se podrían presentar progenitores o progenitoras con características de personas agresivas, manipuladoras y hasta violentas hacia los y las niñas, con lo cual estarían ejerciendo autoridad que social y culturalmente se les asigna y se les aprueba. Dicha afirmación se plantea en base a la revisión de expedientes, en los que se denota, la predominancia de un trámite sencillo, en el sentido de omitir la entrevista a los y las niñas, en la mayoría de los casos.

El proceso inició con la presentación de la demanda por parte de un o una progenitora, conteniendo la relación de hechos, invocatoria de norma de derecho y sus respectivas pretensiones. Continuó con el escrito de contestación, oponiéndose el o la demandada a la petición, referente a la solicitud de entregar al demandante la custodia de la persona menor de edad. En pocos expedientes se contó con estudios periciales

Los datos obtenidos no registran una mayor intervención de las personas menores de edad, sus padres y sus madres. Se observa que, a nivel de peticiones o gestiones, las partes actuaron pasivamente. Incluso, en algunos casos, guardaron silencio con respecto a las resoluciones que se dictaron. Se verificó que las partes no presentaron peticiones tendientes a hacer valer derechos de la persona menor de edad, como la solicitud de valoraciones psicosociales. En términos generales, no se emprendieron diligencias para exigir la aplicación por parte del juzgador de este principio, en los casos que no se le llamó al proceso, a excepción de un caso en si se exigió la presencia del niño para escucharlo. La participación pasiva y poco significativa podría encontrar explicación en el desconocimiento que tienen los y las progenitoras del principio que alude al Interés Superior o por el respeto al ejercicio de poder que infunde el y la juzgadora como director del proceso.

Otras variables a considerar podría ser el desconocimiento que se tiene respecto a la legislación existente en materia de Derechos de las Personas Menores de Edad y, por último, la ausencia de un patrocinio legal adecuado que realizara seguimiento a los casos asesorando a los y las progenitoras.

Las explicaciones arriba presentadas concuerdan en cuanto a lo expuesto por los y las progenitoras, las cuales, en la mayoría de los casos, expresaron algún grado de insatisfacción con el dictado final de la sentencia.

## **5.2 Conclusiones generales**

**1-** La investigación se enmarcó dentro de un Enfoque Positivista- Deductivo apoyado en aspectos cuantitativos. Dicho enfoque orientado en una realidad jurídica- legal referida a aspectos de la guarda, crianza y educación de las personas menores de edad en donde sus progenitores disputan en los Juzgados de Familia su custodia. Las personas menores de edad al cohabitar en una sociedad de desigualdad en cuanto a grupos etéreos y sexos, son sometidos a un Mundo Patriarcal en donde los “grandes”, son los que deciden, en este caso por los y las niños.

**2.** Los y las niñas son llevados a los procesos judiciales con mínimas cuotas de poder y de decisión, ya que existe una concepción tradicionalista y patriarcal enfocada a que los y las niñas desconocen o no entienden lo que se va a tratar en los Juzgados de Familia.

**3** Al niño y la niña se le disminuye la participación en los procesos de guarda, crianza y educación. Lo anterior en tanto se visualiza que no tiene un accionar libre, espontáneo y significativo. Así, son los y las progenitoras y, en última instancia, el y la jueza es quien decide con quien vivirá.

**4.** Caracterizando el ejercicio de autoridad de los y las Juezas, se puede enunciar que su investidura legitima la imposición, la posesión de poder, la desigualdad de derechos y la discriminación, pues se brinda un trato desigual al niño o la niña en razón de la edad y un ejercicio de autoridad unilateral y vertical basado en diferentes criterios, pero donde no prevalecen los principios enunciados en la Convención de los derechos del Niño y la Doctrina de la Protección Integral.

En este sentido se puede deducir que los y las juezas no se han apartado al día de hoy, de la anacrónica concepción de la “doctrina de la “situación irregular”

5. Los casos estudiados ilustran acerca de la importancia de definir y descubrir el concepto de “interés superior del niño” en aras de defender el bienestar y protección de esta población.

6. Las autoridades judiciales carecen del conocimiento referente a las técnicas de entrevista a las personas menores de edad.

### **5.3 Recomendaciones.**

Con base en los resultados obtenidos por los investigadores, se plantean las siguientes recomendaciones:

1. Desarrollar talleres de análisis, de discusión respecto a aspectos teóricos y su aplicación práctica en relación al concepto de ejercicio de autoridad como poder moderador y regulador. Debe aplicarse este ejercicio evitando la revictimización a las personas menores de edad, de modo que se les trate como sujetos de derecho y no objeto de derecho, lo anterior permitiéndoles una participación de confianza y activa en los procesos. Es importante poder discernir los elementos enunciados en la teoría jurídica respecto a las personas menores de edad específicamente lo atinente a procesos de educación, guarda y crianza.

Estos espacios son importantes crearlos en reuniones periódicas con Jueces y Juezas de Familia de las diferentes provincias.

2. Exponer en reuniones generales de Jueces y Juezas de Familia y otras autoridades de los Tribunales de Justicia, los resultados de la presente Investigación, a fin de intercambiar experiencias y analizar sugerencias referentes a la capacitación que deben poseer los y las juezas para entrevistar y lograr empatía con las personas menores de edad. Es importante que, a nivel institucional, se busquen espacios y recursos profesionales que conozcan del tema y capaciten a los y las juezas. Como se encontraron fallas y desconocimiento en cuanto a técnicas para realizar entrevistas a las personas menores de edad, en términos generales, los y las profesionales que entrevistan a personas menores de edad deben capacitarse en aspectos básicos como:

2.1 **Posicionamiento:** Los y las Profesionales deben posicionarse de manera tal que logren provocar sentimientos positivos y maximizar el bienestar del niño y la niña. Los métodos de posicionamiento positivo incluyen el sentarse al lado del niño y la niña, el utilizar un tono y timbre de voz moderado y el mantener un contacto visual frecuente, aunque no continuo.

2.2 **Buscar los Sentimientos:** Buscar los sentimientos significa hacer afirmaciones que verbalicen las conductas no verbales del entrevistado o bien que descubran los sentimientos que las personas por lo general experimentan en situaciones similares.

2.3 **Esperar:** Después de una afirmación que va en busca de los sentimientos, el y la Profesional debe permanecer en silencio por un breve período de tiempo de manera tal que la persona menor de edad posea la oportunidad de reflexionar sobre las emociones.

- 2.4 **Proveer información:** El y la entrevistador debe brindar información indispensable a las personas menores de edad, respecto al motivo por el cual están en el Juzgado. Esto reduce su inseguridad y aumenta su confianza.
3. Desarrollar una labor interdisciplinaria, eficaz y oportuna entre Jueces y Juezas, Psicólogos y Psicólogas y Trabajadores y Trabajadoras Sociales que enriquezcan teórica y metodológicamente los procesos de guarda y crianza. Asimismo que, al emitir las sentencias, los y las Profesionales, previamente, hayan podido discutir en equipo aspectos integrales de la persona menor de edad, permitiendo dictar sentencias con base teórica- práctica basada, efectivamente, en el Interés Superior del Niño y la Niña. Es importante retomar que, existe todavía, la concepción tradicionalista de la Doctrina de la Situación Irregular, según la cual los y las niñas no deben intervenir porque no saben o no piensan. De allí la importancia de que en equipo de profesionales se les visualice con los derechos de opinión, escucha y expresión de sentimientos.
4. Posteriores investigaciones, a nivel de Maestría, podrían ampliar y enriquecer esta Investigación por medio de una Investigación cualitativa donde se involucre a grupos focales, ya sea a las personas menores de edad y sus progenitores. Lo anterior para determinar actitudes, comportamientos de los y las niñas y, si la decisión de los y las Juezas, en estos casos, fue beneficioso para su desarrollo integral.

5. La ley es omisa en contemplar a partir, de que edad, se escuchará al niño o la niña y a quien corresponde la tarea de valorar si la persona tiene suficiente juicio, discernimiento o madurez psíquica. Se recomienda que, futuros estudiantes, valoren como trabajo de investigación, presentar una propuesta de reforma a los artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia. Lo anterior para clarificar y así poder otorgar una real y significativa participación de las personas menores de edad. Es importante como se ha mencionado en otros apartados que se pueda conocer el lenguaje verbal y no verbal de los y las niñas permitiéndoseles así mayor participación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

### CONSTITUCIONES POLITICAS:

**Constitución Política de la República de Costa Rica**, Investigaciones Jurídicas S.A., 1992, San José, Costa Rica.

### CONVENCIONES INTERNACIONALES:

**Convención de los Derechos del Niño**, ratificada mediante Ley N° 7184 a los doce días del mes de julio de mil novecientos noventa.

**Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**, adoptada por la Organización de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, ratificada por Costa Rica en diciembre de 1984.

**Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994 y por Costa Rica, ratificada mediante Ley N°7499, el 18 de abril de 1995, y firmada por el Presidente de la República el 22 de junio de 1995, publicada en La Gaceta N°123 del 28 de junio de 1995.

### CODIGOS:

Benavides Santos, Diego. (2000). **Código de Familia, concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación**, Segunda Edición, Editorial Juritexto.

Camacho Vargas, Eva. (1998). **Código de Familia con Jurisprudencia, concordado y Legislación conexas**, por, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica.

**Código Civil de 1888.** Costa Rica.

**Código de la Niñez y la Adolescencia**, promulgado mediante Ley N°7739, publicada en La Gaceta N° 26 del 6 de febrero de 1998.

**Código Procesal Civil**, 1990.

## **ENCICLOPEDIAS**

**Encarta 2003**

## **LEYES:**

**Ley contra la Violencia Doméstica**, promulgada mediante Ley N° 7586, del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis.

**Ley de Pensiones Alimentarias**, promulgada mediante Ley N °7654, del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

**Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia**, promulgada mediante Ley N°7648, del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

**Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer**, promulgada mediante Ley N° 7142 del ocho de marzo de mil novecientos noventa.

**Ley General de Protección a la Madre Adolescente**, promulgada mediante Ley N° 7735, publicada en La Gaceta N°12 del 19 de enero de 1998.

## **LIBROS DE REFERENCIA:**

Belluscio, Augusto César. (1983). **Manual de Derecho de Familia**, Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina.

Borda, Guillermo. (1988). **Manual de Derecho de Familia**, Décima Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

Cicu, Antonio. (1947). **El Derecho de Familia**, Ediar Sociedad Anónima-Editores, Buenos Aires.

Charlestoworth, Hilary. (1997) **¿Qué son los derechos humanos internacionales de las mujeres?** en Derechos Humanos de la Mujer, perspectivas nacionales e internacionales, Rebeca Crook, editora. PROFAMILIA. Bogotá, Colombia.

Corrales Valverde, Oscar. **Los Procedimientos en el despacho Judicial**. Poder Judicial, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 2000.

Facio Montejó, Alda. (1996). **Cuando el Género Suena, Cambios Trae**, Programa Mujer, Justicia y Género, ILANUD, San José.

Gómez Piedrahita, Hernán. (1992). **Derecho de Familia**, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia.

González Mora, Ricardo. (2000). **La tramitación de los procesos familiares**, Escuela Judicial, San José, Costa Rica.

Fries, Lorena y Matus, Verónica. (1999). **El derecho. Trama y Conjura patriarcal**. Colección Contraseña. Estudios de Género. LOM. Ediciones La Morada.

Foucault, Michael. (1979) **La Microfísica del Poder**. Ediciones La Piqueta. Madrid, España.

Kaufman, Michael. (1997) **La construcción de la masculinidad. Hombres: Poder, placer y cambio**. CIPAF. Santo Domingo, República Dominicana.

Lazarte Alvarez, Carlos y otras. (2001). **Curso Sobre la Protección Jurídica del Menor**. Editorial Colex, Madrid

Mora Mora, Luis Paulino. (2001). **Historia del Poder Judicial en la Segunda mitad del Siglo XX y sus retos futuros**, Editorial UNED, San José, Costa Rica.

M. Weinmberg, Inés. (2002) **Convención Sobre Los Derechos Del Niño**. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina.

Salazar, Rodolfo Vicente. (1999). **Un vistazo a los Derechos de la Niñez y la Adolescencia**, Patronato Nacional de la Infancia, San José, Costa Rica.

Trejos Salas, Gerardo. (1999). **Derecho de Familia Costarricense**, Volumen I, Juricentro, San José, Costa Rica.

Zannoni, Eduardo. **Derecho de Familia. Tomo I y II**, Primera reimpresión 1981, Editorial Astrea, Buenos Aires.

#### **REVISTAS:**

Arboleda Flórez, Julio. (1991). **Criterios Psiquiátrico Forenses acerca de la guarda crianza**. **Revista de Medicina Legal de Costa Rica**, N°1, volumen 8, San José, Costa Rica.

Pérez Vargas, Víctor (1984). **El Contenido de la Patria Potestad.** Revista Judicial. Año IX, No. 30- Setiembre, San José, Costa Rica.

## **EDITORIAL**

Mc Carney, Willie y otros. (1996), **La Convención De Los Derechos del Niño. Aspiraciones a un Marco Eficaz para Acciones Internacionales?**

## **MANUALES:**

Quirós, Edda y otras. (1997). **Sentir, Pensar y Enfrentar la Violencia Intrafamiliar,** Colecciones Metodológicas, módulos 1, 2, 3 y 5, San José, Costa Rica.

Facio, Alda y otros. (1998). **Caminando Hacia la Igualdad Real,** Manual en Módulos, Dirigido a facilitadoras (es) de talleres de Capacitación para juezas (es) en la Administración de Justicia con Perspectiva de Género, Naciones Unidas, ILANUD.

## **MEMORIAS:**

VII CONGRESO MUNDIAL SOBRE DERECHO DE FAMILIA.

Ponencia: Kemelmajer de Carlucci, Aída. **El proceso familiar y sus características.** (fotocopias sin más datos de identificación).

## **ANTOLOGIAS:**

Rojas Aguilar, Alejandro y otras. Proyecto: **Apoyo al Fortalecimiento Institucional Del Ministerio de Seguridad Publica En Materia de Derechos Humanos, Genero, Niñez y Adolescencia,** San José, Costa Rica, Marzo, 2004.

González Oviedo, Mauricio y otra. **Derechos de la Niñez y La Adolescencia,** 1 Ed. San José, C. R. 2001.

## **TRABAJOS INEDITOS:**

Benavides Santos, Diego. (1999). **Conferencia sobre la Convención de los Derechos del Niño**, CEDAL, La Catalina, Heredia, Costa Rica.

Rodríguez Echeverría, Miguel Angel. (1998). **El Interés Superior del Niño y Las Salidas del País**. San José, Costa Rica.

## **ARTICULOS**

Hutt Crespo, Ernesto. **Modulo de Capacitación Contexto General. Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes**, DNI-Costa Rica, 1997

Burin, Mabel e Irene Meler **Varones. Género y subjetividad masculina. 1° Edición**, Paidós, Argentina, 2000.

## **ANEXOS**

## Entrevista Semi-estructurada a Progenitores(as).

1. Sexo\_\_\_\_\_

2. Edad\_\_\_\_\_

3.Cuál es tu relación con el niño o niña?

Padre \_\_\_\_\_ Madre \_\_\_\_\_ Abuelos(as) \_\_\_\_\_

Tíos (as) \_\_\_\_\_ Otro\_\_\_\_\_.

4. Conoce usted qué hace el Juzgado de Familia?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

Si contesta afirmativamente, ¿Qué crees que hace?

5. ¿Porqué usted acudió al Juzgado de Familia?

6. Mencione con sus propias palabras el procedimiento que siguió el Juzgado de Familia para determinar la situación de tu hijo o hija?

7. ¿Cuántas personas participaron en este proceso?

8. ¿Quienes eran?

9. Ha escuchado hablar usted de El Interés Superior del Niño o Niña?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_.

Si contestó afirmativamente, qué conoce?

10. Ha escuchado hablar del derecho de opinión del niño/a en todo proceso donde se discutan sus derechos?

Si \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_

Si contesta afirmativamente, explique en que consiste?

11. Alguna persona en el Juzgado de Familia le explicó en qué consiste este proceso?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_.

En caso afirmativo, ¿Quién fue?

¿Qué le explicó?

12. Considera usted que su hijo participó en el proceso?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

Porqué?

13. Considera usted que la opinión de su hijo/a fue tomada en cuenta por el juez/a?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

Porqué?

15. Cree usted que la opinión de su hijo/a estuvo influenciada por alguna persona?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

Porqué?

16. ¿Estuvo de acuerdo con la Sentencia Final?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

Porqué?

## Entrevista dirigida a Funcionarios/as Judiciales.

I Parte. Datos de identificación

1.1 Edad \_\_\_\_\_ 12. Sexo \_\_\_\_\_

1.3 Puesto que ocupa \_\_\_\_\_

1.4 Tiempo de laborar en el mismo \_\_\_\_\_

1.5 Ubicación Geográfica del  
Juzgado \_\_\_\_\_

II Parte. Conocimiento de procesos de guarda, crianza y educación.

2.1 Describa las fases que utiliza en los procesos de definición de guarda, crianza y educación.

---

---

---

2.2 De acuerdo a su experiencia profesional que significa interés superior del niño.

---

---

---

---

2.3 Cómo aplica o pone en práctica este principio en dichos procesos.

---

---

---

---

---

III Parte. Conceptualización del término persona menor de edad.

3.1 Qué es para usted una persona menor de edad?

---

---

---

---

---

3.2 Cómo conceptualiza usted el derecho de opinión de la persona menor de edad?

---

---

---

---

---

3.3 En los procesos de guarda, crianza y educación cómo cree usted que este derecho se pone en práctica.

---

---

---

---

IV Parte. Participación de los niños/as en estos procesos.

4.1 De acuerdo a su experiencia cuál considera es el tipo de participación más frecuente de los niños/as en estos procesos?

4.1.1 activa\_\_\_\_\_

4.1.2 activa significativa\_\_\_\_\_

4.1.3 pasiva\_\_\_\_\_

4.1.4 indiferente

4.1.5 otro\_\_\_\_\_

Explique\_\_\_\_\_

---

---

4.2 Considera usted que el juez/a en la dirección del proceso permite al niño/a la libre expresión?

Si \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_

Porqué? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

4.3 Posee el juez/a la capacitación apropiada para entrevistar a las personas menores de edad?

Si \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_

Explique \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

—

4.4Cuál es su forma particular de entrevistar a un niño/a en estos procesos?  
Descríbala.

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

—

4.5 Al asistir el niño/a a las entrevistas con el juez/a considera usted que ha sido o no influenciado por adultos/as?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

Cuáles? \_\_\_\_\_

---

---

---

---

---

---

V Parte. Posible ejercicio de autoridad de los jueces.

5.1 Qué es para usted ejercicio de autoridad?

---

---

---

---

---

---

5.2 Considera usted que en los procesos incide el ejercicio de autoridad de los jueces en la definición de la participación de las personas menores de edad?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

Explique \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

5.3 Entrevista usted a toda persona menor de edad en estos procesos?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

A quienes? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

5.4 Cree que los niños/as pueden decidir en este aspecto de su vida.(su custodia)

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

Porqué? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

5.5 Que aspectos deben tomarse en cuenta para definir la sentencia?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

5.6 Cuáles profesionales deben participar en estos procesos?

---

---

## GUIA REVISION EXPEDIENTES JUDICIALES

### I. PARTE

- 1.1 N° EXPEDIENTE: \_\_\_\_\_
- 1.2 NOMBRE DE LA PERSONA MENOR DE EDAD: \_\_\_\_\_
- 1.3 FECHA DE NACIMIENTO: \_\_\_\_\_
- 1.4 DIRECCIÓN: \_\_\_\_\_

### II. PARTE DATOS DEL DEMANDANTE

- 2.1 NOMBRE: \_\_\_\_\_
- 2.2- RELACION PERSONA MENOR DE EDAD: \_\_\_\_\_
- 2.3 EDAD: \_\_\_\_\_ 2.4: ESTADO CIVIL \_\_\_\_\_
- 2.5 DIRECCION: \_\_\_\_\_
- 

### III. PARTE DATOS DEL/ LA DEMANDADO/A

- 3.1 RELACION PERSONA MENOR DE EDAD: \_\_\_\_\_
- 3.1 EDAD: \_\_\_\_\_ 3.3 ESTADO CIVIL: \_\_\_\_\_
- 3.4 DIRECCION: \_\_\_\_\_
- 

### IV PARTE

- 4.1 FECHA INICIO DEL PROCESO: \_\_\_\_\_
- 4.2 FECHA FINALIZACION DEL PROCESO: \_\_\_\_\_
- 4.3 NUMERO DE DECLARACIONES TOMADAS: \_\_\_\_\_
- 4.4.1 A LA PERSONA MENOR DE EDAD: \_\_\_\_\_
- 4.4.2 AL PADRE: \_\_\_\_\_
- 
- 4.4.3 A LA MADRE: \_\_\_\_\_

#### **4.4 PRUEBAS TESTIMONIALES**

4.4.1 \_\_\_\_\_

4.4.2 \_\_\_\_\_

4.4.3 \_\_\_\_\_

4.4.4 \_\_\_\_\_

#### **V PARTE**

##### **RESUMEN DE LA DEMANDA: (RELACION DE HECHOS)**

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

#### **VI PARTE**

##### **RESUMEN CONTESTACION DE LA DEMANDA**

---

---

---

---

---

---

---

---

**VII PARTE.**

**PARTICIPACION DE LA PERSONA MENOR DE EDAD.**

---

---

---

---

**VIII PARTE**

**FECHAS SISTEMATICAS DE LAS ACCIONES JUDICIALES.**

**FECHA:**

**NOMBRE ACCION:**

**IX PARTE**

**PARTICIPACION DE OTROS/AS PROFESIONALES EN EL PROCESO**

**( MARQUE CON X)**

**TRABAJO SOCIAL:**

**PSICOLOGIA:**

**X PARTE**

**ASPECTOS RELEVANTES ENCONTRADOS EN LOS ESTUDIOS SOCIALES Y/  
O PSICOLOGICOS:**

---

---

---

**XI PARTE**

**RESUMEN DE LA SENTENCIA.( HECHOS PROBADOS RELEVANTES,  
CONSIDERACIONES, PARTE DISPOSITIVA**

---

---

---

---