UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS

ESCUELA DE DERECHO

“IMPLEMENTACIÓN DE LA FIGURA DE LA AUTOPOSTULACIÓN, Y CAPACIDAD PROCESAL EN PERSONAS MENORES DE EDAD, CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA Y SU INCIDENCIA EN LA EFECTIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE INSTRUMENTALIDAD”

MODALIDAD DE TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

JOSE DAVID SERRANO SOLÍS

AGUSTÍN DÍAZ DELGADO

SEDE ARANJUEZ

ABRIL, 2022

CONTENIDOS

Dedicatoria y agradecimiento 5
Resumen ..... **¡Error! Marcador no definido.**
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN 10
Planteamiento del Problema 10
Pregunta de Investigación 11
Objetivos 11
Objetivo general 11
Objetivos específicos 12
Justificación 12
Antecedentes 13
Fuentes internacionales 13
Antecedentes nacionales 20
Proyecciones 27
Alcances 27
Limitaciones 27
CAPÍTULO II: MARCO TEORICO 28
Antecedentes históricos del Derecho de Familia en Costa Rica 28
Desarrollo del Derecho de Familia 28
Actualidad del Proceso de Familia 30
Oportunidad de Reforma 33
Reforma Procesal de Familia 35
Objeto del Código Procesal de Familia 35
Pilares de la Reforma Procesal de Familia 37
Sistema Procesal. 48
Principios de la Reforma Procesal de Familia 53
Principios Generales del Derecho Procesal de Familia. 53
Principios Propios del Derecho Procesal de Familia. 56
Autopostulación Procesal 63
Definición doctrinal y jurisprudencial 63
Actualidad del Principio de Autopostulación. 64
Proyecto de Ley 68

Reforma Sobre la Autopostulación 70
Acceso a La Justicia Como Parte Del Debido Proceso 72
Capacidad 78
Desarrollo de la Capacidad Procesal de las Personas Menores de Edad 83
Reforma Sobre la Capacidad Procesal de las Personas Menores de Edad 93
Observaciones con respecto al derecho de ser escuchado. 95
Saturación del sistema judicial 99
Desequilibrio Procesal 101
Ejercicio Profesional de la Materia de Familia 102
Cuestionamientos al Otorgamiento de Capacidad Procesal a Personas Menores de Edad 104
Extensión del conflicto adultista 104
Extensión al ámbito subjetivo 105
Conflictos con la instrumentalidad 105
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO 107
Enfoque de la investigación 107
Diseño metodológico 108
Variables o Unidades de Análisis 108
Instrumentos 110
Matriz General para el diseño de instrumentos 110
Revisión documental 113
Entrevista no estructurada. 114
Derecho comparado. 114
Entrevista estructurada. 115
Sujetos y fuentes de información. 115
Recolección y Análisis de Información. 116
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS 117
Resultados Objetivo Número Uno 117
Alcances del Principio de Autopostulación Procesal con la Reforma Procesal de Familia 117
Capacidad Procesal de las personas menores de edad con la Reforma Procesal de Familia 124
Hallazgos objetivo número uno 130
Sobre los alcances del Principio de Autopostulación Procesal con la Reforma Procesal de Familia. 130
Sobre los Alcances de la Capacidad Procesal de las Personas Menores de Edad. 132

Resultados objetivo número dos 135
Conveniencia de la Implementación del Principio de Autopostulación procesal 135
Capacidad Procesal de Personas Menores de Edad 156
Hallazgos Objetivo Número Dos 168
Autopostulación procesal. 168
Capacidad procesal PME 171
Resultados Objetivo Número Tres 175
Derecho comparado. 175
Entrevistas estructuradas. 185
Hallazgos Objetivo Número Tres 195
Autopostulación 196
Capacidad Procesal de Personas Menores de Edad 199
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 203
REFERENCIAS 209

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Serrano, J. “Implementación de la Figura de la Autopostulación, y Capacidad Procesal en Personas Menores De Edad, con la Entrada en Vigencia del Nuevo Código Procesal de Familia y su Incidencia en la efectivización del Principio De Instrumentalidad”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad Internacional de las Américas. San José, Costa Rica, 2022.

Lista de acrónimos.

Constitución Política	C.POL
Código Procesal de Familia	CPF
Código Procesal Civil (Ley 7130)	CPC
Código de Familia	CF
Convención Sobre los Derechos del Niño	CDN
Patronato Nacional de la Infancia	PANI
Ley de Pensiones Alimentarias	LPA
Ley Contra la Violencia Doméstica	LVD
Código de Niñez y Adolescencia	CNA
Convención Americana de Derechos Humanos	CADH
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia	UNICEF
Persona Menor de Edad	PME

RESUMEN

"El hombre procedente del campo no había contado con tantas dificultades. La Ley, piensa, debe ser accesible a todos y en todo momento, pero al considerar ahora con más exactitud al guardián, cubierto con su abrigo de piel, al observar su enorme y prolongada nariz, la barba negra, fina, larga, tártara, decide que es mejor esperar hasta que reciba el permiso para entrar. El guardián le da un taburete y deja que tome asiento en uno de los lados de la puerta. Allí permanece sentado días y años" ***El Proceso – Franz Kafka***

El Derecho de Familia es una rama fundamental del derecho y de la sociedad, sin embargo, muchas veces, como ha quedado demostrado a lo largo de la historia, no se le ha dado la importancia debida. Un paso importante en este sentido es la creación de un Código Procesal de Familia, el cual se encargó de unificar la normativa que se encontraba dispersa en diferentes leyes, tanto procesales como de fondo, y formular un avance significativo hacia la especialización de la materia.

Pese a lo anterior, existen algunos aspectos que, como toda reforma y obra humana, representan una serie de cuestionamientos que deben ser analizados de previo a la implementación de la ley. Entre los que se destacan la autopostulación procesal y el otorgamiento de la capacidad procesal a personas menores de edad.

Estos dos aspectos resultan de vital importancia, pues existe la posibilidad de que, con la entrada en vigencia de la norma, no se cumpla con el principal propósito de una norma adjetiva, como lo es la instrumentalidad. Por tanto, deben ser expuesto estos cuestionamientos con el fin de que se genere diálogo alrededor de estas dos figuras, y, en caso de que resulte necesario, se realicen todos los esfuerzos necesarios para adecuar las reformas necesarias, ya sea mediante reforma de ley o por medio de los mecanismos que se encuentren a disposición para las autoridades correspondientes.

Siempre con la finalidad de brindar un análisis bajo la perspectiva de una efectivización de los derechos de las personas, y no un interés de un proceso más acorde a determinado sector. Para lo cual se procurará obtener la información de distintas fuentes, tanto de personas juzgadoras como de litigantes, ambos que cuenten con una amplia experiencia en la especialización de la materia de familia.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

Planteamiento del Problema

La implementación de este nuevo Código trae consigo un cambio sustancial en cuanto al Proceso de Familia se refiere, el cual, hasta el momento, se ha servido de una norma prestada como la Civil para instruir el proceso, interpretándola mediante la doctrina y la jurisprudencia con base a los principios que rigen la materia. Así, la creación de una norma procesal especializada resulta ser una gran oportunidad para positivizar esta cuestión que se ha establecido como la norma, y que así sea restructurada la manera en la que se concibe el derecho de familia por los diferentes operadores del derecho de esta materia, teniendo como prioridad la resolución integral del conflicto familiar y no como la judicialización de los problemas que se dan en el seno de las familias.

Una de las finalidades de la norma procesal, es servir de instrumento para que las personas puedan efectivizar el derecho contenido en una norma sustantiva. En el caso del Nuevo Código Procesal de Familia, se tiene claro y desde su inicio se indica que el nuevo Código se establece "para hacer efectivas las normas jurídicas sustanciales relacionadas con la materia familiar" (Código Procesal de Familia, 2020, art. 1). Y así también se reafirma en el artículo 2, revistiéndole de este carácter instrumental.

La implementación de la autopostulación en los procesos resolutivos familiares que no producen cosa juzgada material resulta uno de los aspectos que, entre muchos otros, resultan disruptores y controversiales en este nuevo Código. Razón por la que se considera necesario hacer un análisis de lo que podría conllevar esta aplicación. Sobre esta cuestión, se tiene a disposición un ejemplo muy claro de la problemática que podría envolver la implementación de esta figura como lo es la Reforma Procesal de Familia de Chile que resultó en un fracaso, no siendo corregible sino por medio de una reforma a la ley tan solo cuatro años después.

Este aspecto resulta en demasía preocupante, ya que se extiende al simple hecho de que el proceso pueda resguardar el derecho a la defensa de todas las personas que necesiten acceder al derecho sustantivo de esta forma. Y es que a pesar de que al proceso se le intenta eliminar el corte civilista, existen igual múltiples figuras que se establecen en defensa del debido proceso, de las que

las partes pueden no tener conocimiento, y el presentarse frente a otra persona que sí posea representación, podría llegar a derivar en una lesión a este derecho.

Lo anterior se agrava, puesto que la norma le reconoce a las personas mayores de doce años el "ejercicio personal y pleno de la capacidad procesal para el trámite de los procesos establecidos en este Código" (Código Procesal de Familia, 2020, art. 41). Por lo que ya no se trata de únicamente personas mayores las que se están enfrentando al litigio, sino menores con el pleno goce de la capacidad de actuar dentro de un proceso de familia, lo que debe encender el análisis previo a que sea puesta en marcha esta reforma.

Sumado a lo anterior, el hecho de poner a disposición de las personas iniciar un proceso judicial para resolver el conflicto por su cuenta, sin la asesoría de un (a) profesional que le deba explicar las posibilidades de acción dentro del marco normativo, puede condicionar a estas a no querer resolver los conflictos en lo privado, y que, de la tal cantidad de procesos que se establecen, no sea suficiente el proceso para garantizar a todas una verdadera efectivización de sus derechos, mediante este nuevo proceso.

Pregunta de Investigación

¿Cómo la implementación de figura de la autopostulación y capacidad procesal en personas menores de edad, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia, puede incidir en la aplicación del principio de instrumentalidad de la norma?

Objetivos

Objetivo general

Debatir sobre la procedencia de la implementación de la figura de la autopostulación y el otorgamiento de capacidad procesal a las personas menores de edad, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia, y su incidencia en la aplicación del principio de instrumentalidad de la norma.

Objetivos específicos

Esbozar los alcances de la implementación de la figura de la autopostulación y el otorgamiento de capacidad procesal de las personas menores de edad, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia.

Cuestionar la conveniencia de la implementación de la figura de la autopostulación y capacidad procesal de las personas menores de edad, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia.

Sintetizar las diferentes posiciones y preocupaciones con respecto a implementación de la figura de la figura de la postulación y capacidad procesal de las personas menores de edad, previo a la entrada en vigencia de la norma.

Justificación

La entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia trae consigo una serie de retos para los distintos operadores del derecho. Y es que no son pocos los cambios sustanciales que se establecen con esta reforma, que pretende dotar al proceso de Familia, un instrumento que contenga las diferentes particularidades del Derecho de Familia, que garantice el acceso a la justicia de todas las personas. Esto se realiza mediante la reformulación de aspectos fundamentales para su desarrollo, lo que va a representar un cambio importante en la forma es que se percibe el ejercicio de esta materia.

Los principales temas que modifica esta nueva norma, en los cuales se localiza la presente investigación, aluden a la implementación de la figura de la autopostulación y el otorgamiento de capacidad procesal a los menores de edad. Este último de gran relevancia, pues ya no se estará en frente únicamente de pretensiones de personas mayores de edad, sino que ahora deberá ser escuchada la posición de estos como una parte más del proceso y no como un interesado de lo que resulte el proceso.

Por lo anterior, la relevancia de la presente investigación recae en la necesidad de cuestionar los diversos aspectos que giran en torno a su implementación, ya que los cambios que se exponen son sustanciales, y estando a las puertas de su implementación, se debe localizar las carencias y exponerlas, a fin de que, mediante propuestas de reforma a la ley o bien mediante la jurisprudencia,

sean resueltas. Y es que, tener presentes las diferentes posiciones y la experiencia de otras legislaciones en cuanto al aseguramiento de principios como el acceso a la justicia, es de suma importancia para lograr desarrollo efectivo de esta norma, y, por supuesto, proporcionar una garantía al principio de instrumentalidad; finalidad de esta investigación.

Desde la Constitución Política se establece que "La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado" (Artículo 51 CPol) por lo que un proceso de familia moderno, eficiente, que garantice el derecho de las personas y que sirva como instrumento para acceder al derecho que les corresponde, resulta necesario para cualquier Estado que pretenda ser de Derecho. Por dicha razón, debe analizarse, desde distintas ópticas, la incidencia que tendrá la aplicación de las diferentes figuras que recoge el nuevo Código.

Por esto es por lo que se reviste de especial importancia la presente investigación, ya que es no es únicamente a quienes se encuentran diariamente desplegando labores relacionadas a esta materia, tanto litigantes, tribunales, instituciones como el Patronato Nacional de la Infancia, a quienes se les deba establecer como prioridad un mejor resultado de la puesta en funcionamiento del proceso, sino que es un tema que a toda la sociedad le atañe. Teniendo como prioridad un proceso que garantice el acceso a la justicia a las personas, y un instrumento eficaz para efectivizar los derechos y no entorpecer, más bien, la búsqueda de un resultado justo.

Antecedentes

Fuentes internacionales

Investigación sobre los problemas que resultó la implementación del nuevo proceso de Familia en Chile. Fuentes Maureira (2015) realizó un estudio para la Revista Chilena de Derecho, con el propósito de identificar y caracterizar aquellos problemas que aquejan a los jueces de familia en el cumplimiento de los diversos roles que la ley 19.968 les asigna. Para esto, el autor hace uso de métodos empíricos como entrevistas en profundidad con jueces y abogados especializados en el área de familia. Estas entrevistas son las que le permiten realizar una serie de consideraciones, en torno al desempeño de las personas juzgadoras en materia de familia.

Para Fuentes, la recolección de información le permitió identificar algunos de los problemas que hoy afectan a los jueces de familia, los cuales surgen cuando estos interactúan con otros participantes del sistema de familia. Especialmente con respecto al desarrollo de la audiencia oral,

así como la interacción con las personas menores de edad, lo que, para su criterio, resulta una carencia de no una importancia menor, pues son actividades que son propias de la actividad que se desarrolla regularmente, en el contexto que establece la norma procesal de este país.

Fuentes logra concluir que la situación que ofrece la norma procesal de Familia de Chile, con respecto a la no necesidad de representación letrada en una serie de procesos, dificulta el desarrollo de la persona juzgadora, indicando que "Esto supone que, si la parte normalmente no accede con abogado y el juez no lo entiende cabalmente, entonces la persona se encuentra en un escenario muy complejo, en el cual su acceso a la justicia es de baja calidad" (2015, p.956).

Estos resultados son importantes para ser tomados en cuenta en la presente investigación ya que sirven de muestra para relacionar el proceso al que tuvo que enfrentarse Chile para la promulgación y puesta en funcionamiento de la Reforma Procesal de Familia, con la situación que se le presenta actualmente a Costa Rica. Uno de los aspectos que resulta necesario recalcar es la experiencia desde la judicatura chilena en cuanto a las reformas posteriores que se debieron tomar para subsanar los yerros en los procedimientos que estaban generando caos en la administración de justicia de esta materia.

> Así, los jueces presentan dificultades al momento de entrevistar niños, cuando lidian con partes que no tienen abogado, al dirigir audiencias y en el curso de su interacción con abogados particulares. Posteriormente el artículo reflexiona acerca de los principales rasgos y las potenciales causas de estos problemas. (Fuentes, 2015, p.935)

Además de esto, la experiencia de un proceso el cual lleva más de diez años funcionando resulta importante en aspectos relacionados a la participación de las personas menores de edad en este, y cómo la capacidad procesal que otorga nuestra norma puede incidir o no en el buen desarrollo del proceso. En específico, es menester prestar especial atención a lo expuesto en cuanto a la capacidad de las personas juzgadoras para enfrentarse al proceso, pues debe es esta quien deberá garantizar la efectivización de la instrumentalidad de la norma, y en el caso que no tengas las capacidades para adecuar el proceso a una persona actuando sin representación, puede entorpecer esta función.

Investigación sobre el principio de inmediación en la etapa recursiva del Proceso de Familia. Andrade Trujillo (2018) busca delimitar el quiebre de la inmediación en segunda

instancia, poniendo de relieve la necesidad de modificar el sistema recursivo existente en materia de familia, así como el perfeccionamiento de la formación de los jueces y el establecimiento de tribunales colegiados que den mayor garantía de corrección de la sentencia de fondo. Esto mediante un desarrollo critico de la regulación procesal en Chile en materia de familia, poniendo en discusión las tendencias doctrinales en torno, principalmente a la inmediación, principio fundamental del proceso oral.

Concluye, mediante un análisis crítico y recopilación de información en su estudio que la inmediación es una de las bases del proceso oral, fundamentalmente en la etapa de recepción de la prueba. En cuanto a la modalidad para impugnar, considera que existe una incongruencia que amerita una revisión del sistema procesal. Y es que la forma en la que se recurren las actuaciones de los tribunales resulta en un vestigio del anterior sistema procesal y, por lo tanto, debe reformularse. Lo que expone de la siguiente forma:

> Contempla un sistema de impugnación conducente a una segunda instancia que habilita al tribunal de alzada para controlar todas las cuestiones debatidas ante el juez de familia, sean éstas de hecho o de derecho, lo que claramente representa un quiebre con la inmediación, al permitirse que pueda valorar la fiabilidad y el mérito de los medios de prueba un tribunal ante quien no se rindieron personalmente dicha información. Dicho estado de incongruencia amerita la revisión del sistema recursivo en nuestro derecho procesal de familia. (Andrade, 2018, p.90)

Además de esto, propone la configuración de un recurso de nulidad que amplié el control, y un perfeccionamiento de la actividad jurisdiccional mediante la creación de tribunales de primera instancia, lo que maximice ese control horizontal, "que permitan la revisión completa de la *quaestio iuris* y limitada respecto de las *quaestio facti* de las sentencias definitivas que provienen de la audiencia de juicio permite compatibilizar un sistema recursivo que garantiza los derechos de los justiciables" (ídem, p.87).

Esta investigación realizada en torno al principio de inmediación y su incongruencia con el sistema recursivo que se establece, sirve de parámetro para ser analizado en la presente investigación, ya que la reforma establece, además de los presupuestos sobre los que versa la presente investigación, el establecimiento de un sistema procesal con preferencia en la oralidad. Lo analizado, por ende, debe servir a esta investigación para determinar el grado de complejidad

que puede resultar un proceso oral como el que se pretende y la dificultad con a la que se someterían las personas a presentarse a instancias judiciales sin una representación letrada. Lo que podría derivar en la no efectivización del principio de instrumentalidad.

Investigación sobre el derecho de las personas menores de edad de ser oídos dentro del Proceso de Familia. Vargas Pávez et al. (2011) dan a conocer los resultados de un estudio empírico que indaga sobre las formas en que la judicatura de familia recupera la voz de los niños, así como las dificultades y desafíos que entraña la aplicación práctica del derecho a ser oído; esto mediante la indagatoria de la aplicación de la norma y la efectivización de los derechos de la persona menor de edad en los Tribunales de Justicia Chilenos, con lo cual logran concluir que existe una mirada unidireccional para afrontar el tema de la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales. Explican que, para determinar la participación de la persona menor de edad, se toma en cuenta únicamente su capacidad y condiciones para desarrollarse dentro de un proceso como este, pero no se toma en cuenta la capacidad de los operadores del derecho para integrar el proceso a los menores:

> En efecto, la discusión se ha centrado en delimitar parámetros y criterios para definir cuándo los niños pueden darse a entender y cómo deben hacerlo, más que a la reflexión de los requerimientos, herramientas, condiciones y sentido que jueces, abogados, curadores y otros actores del sistema debieran incorporar para recuperar sus voces. El foco de análisis está en el que habla y no en el que escucha. Esta mirada evaluativa de la competencia de los niños los pone en la necesidad de demostrar que sí son capaces, que sí son maduros, que tienen opinión, en vez de poner el peso y la responsabilidad de esta obligación en quienes deben operativizar este derecho. (Vargas et al., 2011, p.200)

Dentro de las consideraciones que realiza como conclusión destaca la aplicación de las audiencias reservadas, en la que los menores recuperan la voz; no obstante, la mayoría de estas son realizadas en condiciones no adecuadas, tanto de infraestructura como de preparación de los operadores del derecho, además de que, por tal motivo, los jueces recurren a la participación de profesionales en el campo para que rindan informes periciales, los que carecen de que se advierta que la naturaleza y finalidad de estos mecanismos no es recoger el interés manifiesto de los niños y las niñas, sino que aportar al juez elementos de juicio para adoptar su decisión.

Otro aspecto que se rescatan son los casos de que finalizan el proceso por medio de un acuerdo entre las partes, en los cuales no se considera la opinión de la persona menor de edad. Se cuestionan Vargas et al. (2011) lo siguiente:

> cabe preguntarse si en todos los casos se justifica este nivel de reserva … y, por otro lado, si vale la pena llevar a los tribunales a niños pequeños en un contexto de casi nula consideración de su opinión y con el grave riesgo de ser objeto de manipulación, sanción o revictimización. Nos cuestionamos si acaso no sería mejor buscar otros métodos, menos invasivos. (p.202)

Los hallazgos obtenidos en esta investigación resultan relevantes para tomar en consideración en el presente trabajo por cuanto se busca determinar si la tesis que optan los redactores de la nueva norma, en cuanto a la capacidad procesal de las personas menores de edad, resulta beneficiosa, a la luz de la evidencia que arroja la experiencia por un plazo ya considerable, de un proceso como el de Chile.

Son muchos los aspectos que menciona la investigación en cuanto al derecho de las personas menores de edad de ser oídos dentro del proceso de conflicto familiar, lo que resulta interesante comparar con el sistema actual y el que se pretende, situándolo en el contexto social y cultural en el que se desenvolverá.

Investigación sobre la protección jurídica de la representación en el ámbito del derecho de familia. En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú (2013), Curi Carrasco analiza la protección jurídica de la representación, específicamente en el ámbito del derecho de familia. Haciendo el análisis desde el área constitucional, el neoconstitucionalismo y el Estado Constitucional de Derecho, base y sostén del sistema jurídico moderno, aplicado al tema en concreto. Con respecto a este tema, Curri (2013) explica que:

> se trata no sólo de un trabajo doctrinario, sino que también el mismo se encuentra enriquecido por una amplia e intensa experiencia profesional del investigador, como Fiscal Adjunto Provincial de la 12° y 7° Fiscalía de Familia de Lima y como fiscal provincial de la 2° y 21° Fiscalía de Familia de Lima desde el año 2002 hasta la actualidad. (p.3)

El estudio concluye resaltando la necesidad de que se le otorgue una mayor protección a los actos jurídicos que se celebran a través de representantes, con el fin de que se protejan los

intereses relacionados a la familia. Este encuentra su asidero en la norma Constitucional. Además, se ha comprobado que el Derecho de Familia tiene sus orígenes en el Derecho Romano, en donde se regulaba en función exclusiva del *páter familia*, y que:

> Con el tiempo, las diversas teorías han ido reconociendo la importancia de tutelar la autonomía de la voluntad de todos los actores de la Representación y del Poder, es decir no sólo de quien emite su voluntad otorgando facultades, también de quien las recibe, y además de terceros que celebran actos, justamente con los apoderados o representantes. (p.342)

Sobre los principios rectores del derecho determina que la tutela que se le otorga a nivel Constitucional es en atención a los Principios de Seguridad Jurídica, Igualdad y Libertad, lo cual expone de la siguiente forma:

> La tutela Constitucional de la representación y del poder se relaciona directa y significativamente con los Principios de Seguridad Jurídica, Igualdad, y Libertad. Habrá mayor tutela, cuando más seguridad jurídica, Igualdad, y libertad se consagre en la regulación constitucional del poder y mandato. (Curri, 2013, p.342)

Asimismo, entre otras consideraciones, Curi (2013) sostiene que:

> Se ha verificado que la regulación jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Derecho Positivo Nacional se relaciona directa y significativamente con los Principios de seguridad jurídica y tutela de la Familia y del Interés Superior del Niño y Adolescente. (p.342)

Así como que los estándares establecidos a nivel latinoamericano, en cuanto a la representación del menor se adscriben al Derecho Civil Occidental, “en ese sentido están la Representación en la Patria Potestad, la cual deberá contar para efectos de disposición patrimonial, de autorización judicial a los poderdantes, y de una debida justificación de la medida dispositiva” (ídem, pp.342-343).

Precisamente este tema que logra concluir el autor es de suma importancia tomarlo en consideración en la presente investigación. Esto por cuanto existe interés en conocer si pudiera existir un grado de afectación en la efectivización del principio de instrumentalidad, mediante la implementación de la figura de la autopostulación que se pretende, y ser valorada en el contexto

sociocultural del país, así como las distintas posiciones en torno a esto. Aunado al hecho de conocer su posición derivada al otorgamiento de esta representación a las personas menores de edad.

Lo analizado tiene un interés directo en la tutela efectiva y el principio de instrumentalidad del cual, el presente trabajo, pretende incluir, concluyendo el autor que existe regulación jurídica en el Derecho positivo internacional y no solo en nacional, sobre la protección jurídica que se establece en defensa de la representación en el ámbito del Derecho de Familia, lo que debe analizarse dentro de la presente investigación, con el fin de recolectar diferentes posiciones, y brindar un panorama más amplio que pueda propiciar la discusión con respecto a la procedencia de la implementación de estas figuras.

Investigación sobre oralidad como mecanismo de descongestión en el sistema judicial. Pérez Ruiz (2018) realiza un análisis para la Universidad Libre Seccional de Barranquilla, con el fin de explorar si la oralidad logra funcionar como mecanismo para la descongestión del sistema judicial, en específico en el sistema Judicial de Barranquilla, sin embargo, analiza distintas experiencias a nivel latinoamericano. Esto mediante una investigación a nivel doctrinario, utilizando fuentes nacionales y experiencias internacionales, para lograr dar respuesta a su pregunta "¿El principio de la oralidad en qué medida ha sido efectiva en los procesos judiciales desarrollados por los juzgados de Barranquilla como mecanismo de descongestión judicial durante el periodo del 2018?" (p.13).

Ante dicha interrogante se logra concluir que la congestión del sistema judicial se da en relación a una amplia gama de situaciones y va más allá de la misma gestión que pueda realizar el despacho judicial.

> Un sistema jurídico que se ha rezagado en comparación con la dinámica de desarrollo del país, las tendencias del constitucionalismo contemporáneo y la globalización del derecho; sumado a una inflación legislativa (…) Lo cual en términos generales se traduce como la dinámica y opulenta creación de normatividad (leyes), decretos y actos administrativos en los cuales van inmersas figuras con fundamento en coyunturas políticas, que han dado origen a la inestabilidad jurídica y un incremento en la conflictividad en la mediad en que las disposiciones en ocasiones producen efectos contradictorios con las directrices político – jurídicas. (Botero 2003 citado por Pérez, 2018, p.54)

Dice que el Consejo Superior de la judicatura reconoce que los indicadores reflejan una clara necesidad de que se fortalezca la administración de justicia. Y que, si bien la congestión ha disminuido, al interior de los despachos aún no se logra la descongestión en su totalidad, tomando en consideración la expedición del nuevo Código General del Proceso, y los novedosos aportes de la Ley 1437 de 2001 y los aportes por parte del Estado.

Si bien el tema de esta investigación no es determinar la forma en la que podría incidir la implementación de las figuras mencionadas en el proceso, pueda llegar a congestionar el sistema judicial, es claro que ante un sistema colapsado es poco probable que las personas puedan acceder a sus derechos y hacer efectivo el principio de instrumentalidad de la norma. Por lo cual, resulta necesario analizar la procedencia o no de su implementación, esto desde distintas experiencias, no solo en otras materias, sino desde otros Estados que han puesto en funcionamiento el sistema procesal de la oralidad, con el propósito de reducir la dilación de los procesos.

Sobre esto Pérez menciona que:

> Para concluir, es necesario indagar en los ítems esbozados anteriormente ya que surgen como causas importantes que contribuyen al crecimiento del fenómeno de la congestión judicial. Todo esto con el propósito de tener una visión y óptica aproximada de la problemática para con ello poder plantear posibles alternativas de solución al fenómeno de colapso judicial en la ciudad de Barranquilla. (p.56)

Antecedentes nacionales

Investigación sobre la representación letrada de las personas menores de edad. Amey Gómez y Fernández Acuña (2018), para la Revista Judicial N.º 125, realizan un estudio y desarrollo normativo sobre el resguardo de los derechos en los procesos judiciales, de las personas menores de edad de conformidad con los principios y las normas internacionales. Esto en referencia a la representación letrada de la persona menor de edad, para así determinar su relevancia dentro del proceso y el carácter proteccionista del proceso de familia.

De este estudio normativo del ordenamiento jurídico de Costa Rica, se extrae que sí existe una regulación normativa sobre el patrocinio letrado referente a las personas menores de edad. Pero el cumplimiento de lo dispuesto en la norma positiva es muy poco efectivo en los procesos de Familia o Niñez y Adolescencia, y donde pudiera verse de forma más apegada, es en materia de

Pensiones Alimentarias. Lo cual es lamentable teniendo en cuenta que las personas menores de edad no pueden apersonarse, en este momento al proceso (p.137):

> Pensando en la persona menor de edad, sus derechos se encuentran especialmente invisibilizados, ya que, al no contar con el abogado o la abogada de la persona menor, debemos confiar en las habilidades del juez y de la jueza. Pero esto a veces no resulta suficiente en los procesos, ya que requiere del resguardo de un o una representante legal que haga efectivos los derechos y, sobre todo, la opinión de la persona menor en los procesos judiciales, como se encuentran regulados en países como Argentina. (Amey et al., 2018, p.137)

Sobre la poca representación de las personas menores de edad en el proceso, indican que existe una carencia importante por cuanto, si bien deberían los jueces de familia velar porque no existan intereses contrapuestos, y que se garanticen los derechos del menor dentro del proceso, como el de ser oído, muchas veces no es realizado en la práctica porque se limita a escuchar las pretensiones de los adultos y se le otorga al proceso este carácter adultista que excluye de participación y, por lo tanto, la defensa delos intereses de las personas menores de edad.

También concluye que los derechos procesales de las personas menores de edad representan características importantes del Derecho Procesal de Familia, exponiéndolo que “Los principios consagrados en las normas internacionales, tanto el derecho a la igualdad, como el derecho de los niños y las niñas a opinar y ser oídos, representan dos eslabones importantes del derecho de familia”(p.137). Por lo que debe existir un cumplimiento de estas garantías para que pueda ser estimado como un Estado democrático y de Derecho.

Este aspecto resulta fundamental para ser conocido dentro de la presente investigación, por cuanto uno de los aspectos que el nuevo Código Procesal de Familia es otorgar de representación letrada gratuita a las personas menores de edad que no carezcan de medios económicos suficientes, lo cual a *prima facie* podría representar en todos los menores, por cuanto no tienen un ingreso fijo que pudieren acreditar. Sin embargo, existen muchas dudas hasta este momento, y diferentes criterios que deben ser puestos a discusión sobre la problemática que pudiere representar el otorgamiento de capacidad procesal a las personas menores de edad.

Por lo que resulta importante incorporar al debate la conclusión a la que arriba Amey et al., (2018), en cuanto a que "la figura de la abogada o del abogado de la persona menor resulta de mucha importancia y debe ser implementada en más países como Costa Rica" (p.137). Esto para establecer una mejor ruta de acción, previo a la implementación del Nuevo Código Procesal de Familia, y sea garantizada la efectivización del principio de instrumentalidad.

Investigación sobre la capacidad progresiva de los menores de edad dentro del Código Procesal de Familia. En la Universidad de Costa Rica (2016), Alfaro Alfaro y Miranda Segura realizan un estudio de lo que, en su momento, era el proyecto del nuevo Código Procesal de Familia, analizando si lo expuesto por la norma puede llegar a solventar el vacío que se presenta en el reconocimiento de la capacidad de actual a las personas menores de edad, para así determinar si este proyecto concuerda con lo elemento propios de la teoría de la capacidad progresiva de las personas menores de edad.

La investigación la realizan con un enfoque mayormente cualitativo que cuantitativo, mediante un análisis doctrinar y jurisprudencial que ha venido desarrollando este tema. Con la anterior concluyen que es necesario que el Derecho de Familia se ajuste a las nuevas necesidades mediante la implementación de procesos, sistemas y de normas y consideran necesario un verdadero reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad, no solo del aparato judicial, sino de instituciones gubernamentales. Así lo exponen:

> Pero, no solo se requiere de estar conscientes de la relación que tiene el tema de Familia con los temas de Niñez y Adolescencia a nivel de instituciones administrativas, sino que es importante que se dé una aplicación práctica a nivel judicial como institución de la defensa de los derechos de los menores de edad (Alfaro y Miranda, 2016, p.188)

Sumado a lo anterior, concluyen que existe carencias a nivel procesal que no pueden ser subsanadas únicamente con la implementación de lo que llaman "capacidad progresiva", sino que debe existir una verdadera reforma, tanto a nivel judicial como de las instituciones que acompañan, tales como capacitaciones que permitan un mejor abordaje y demás:

> Dejando de lado las necesidades a nivel de instituciones y sistema judicial, y entrado a detalles más concretos del mismo Código, hemos visto por el análisis de la normativa, que muchas veces a pesar de constar con una normativa en papel y ser considerado lo que en

> ella se encuentra como aportes innovadores, en la práctica real no se aplica. Como por ejemplo la inexistencia del abogado gratuito para el menor. Así como la ausencia por parte de quienes dan apoyo al menor en el ejercicio de sus derechos. (Alfaro et al, 2016, pp.191-192)

Esto se relaciona a la presente investigación por la necesidad de exponer las diferentes problemáticas que podría enfrentar un proceso que no requiera representación letrada, en el que los menores puedan presentarse como solicitantes también. Sin tener claro en este momento qué institución podría cumplir esta función de brindar representación a las personas menores de edad y que por ley se establece, sin concretar este otorgamiento de la función. El análisis que se realiza en este antecedente debe servir como base en la presente investigación, para poder exponer las deficiencias que se generan de la implementación de la figura de la autopostulación, y como la capacidad procesal otorgada a los menores, puedan o no afectar esta decisión.

Investigación sobre la autonomía del Derecho de Familia. En la Universidad de Costa Rica, Calvo Fallas y Méndez Sánchez (2012) realizan un estudio sobre la necesidad de que se revista la Derecho de Familia de una norma propia, además de la sustantiva, que recoja los principios que se aplican a esta materia.

La metodología que se emplea en esta investigación se basa en un estudio de los procedimientos que recoge el ordenamiento jurídico, y los explican Calvo y Méndez de la siguiente manera:

> La metodología empleada en este trabajo se constituye en un estudio pormenorizado del procedimiento utilizado en la resolución de asuntos de familia en nuestro Ordenamiento Jurídico, así como el análisis de los principios utilizados en otras legislaciones relacionados en temas de familia. Incluimos una exhaustiva exposición bibliográfica de los principales autores sobre el tema que nos ocupa. (2012, p.7)

Lo anterior con el fin de concientizar sobre la necesidad de otorgar al Derecho de Familia de Costa Rica una norma procesal propia, independiente, remarcando la necesidad de que sea mediante el sistema procesal de la oralidad, para que se vea beneficiada la economía y celeridad del proceso. Posterior a la investigación y la recopilación de información, logran concluir reafirmando su criterio. Existe una necesidad imperiosa de dotar al Derecho de Familia

costarricense un instrumento independiente, novedoso que pueda servir para la verdadera aplicación del derecho sustantivo.

> Constituyendo La Familia el fundamento básico de toda Sociedad, misma en la que confluyen las relaciones jurídicas más trascendentales y en donde el ser humano puede lograr su desarrollo pleno e integral, no podemos más que indicar que, desde el punto de vista legal, esta agrupación merece una especial consideración y tutela jurídica por parte de nuestro Ordenamiento Jurídico. Como agrupación cultural y consustancial a la realidad misma, La Familia merece una regulación por medio de la cual logre plasmar sus intereses ético-sociales. De ahí que todo ordenamiento jurídico, a través de la implantación de normas sustantivas acordes con la propia naturaleza de los asuntos que regula, debe velar por el desarrollo de esta agrupación. (Calvo y Méndez, 2012, p.7)

Esta información es especialmente relevante para ser considerada en la presente investigación, ya que lo que se pretende analizar es el carácter instrumental de la norma procesal, y así se le reviste por sus redactores. Por lo que es necesario considerar si la aplicación de las figuras que se mencionan logra encausar este objetivo y su efectivo cumplimiento.

Resulta relevante también conocer las diferentes posiciones que motivan la creación de una norma procesal independiente para el Derecho de Familia patrio, para así lograr un mejor análisis de los resultados que se explicarán.

Investigación sobre la Gratuidad en el Procesal de Interrelación Familiar. Suarez Sosa, (2020), para la revista "RedPensar" de la Universidad de la Salle, Costa Rica, plantea la importancia de la gratuidad letrada como presupuesto de protección y garantía para los derechos de las personas menores de edad, esto enfocado especialmente en el proceso de Interrelación Familiar, donde -considera la autora- no responde actualmente a la necesidad de las personas más vulnerables que desean acudir al sistema de justicia para dirimir sus conflictos. Esto mediante el análisis de los antecedentes y la recopilación del marco normativo actual.

Teniendo claro su objetivo, Suarez Sosa, concluye lo siguiente:

> La gratuidad en los procesos judiciales es de suma importancia para que haya una tutela efectiva de los derechos de las personas que acuden al sistema de justicia, con el fin de cesar

> sus conflictos y poder encontrar armonía en sus relaciones sociales y familiares. (Suárez, 2020, p.9)

Indica que, debido a vacíos en la norma, y confusiones en la atribución de la competencia, no existe un acompañamiento a las personas de escasos recursos que necesitan acceder a este proceso, para lograr resolver el conflicto.

> Esta problemática provocada por el Estado, pseudo protector de la PME y la familia, fomenta la brecha social en el país y genera como antes se mencionaba una discriminación a la población más vulnerable de la sociedad, que muchas veces y a duras penas puede adquirir lo necesario para subsistir. Es así como con la posible atribución de competencias al Poder Judicial o la Defensa Pública, se generaría que la gratuidad letrada en los procesos del RIF (sic), de vida a esas normas existentes que respaldan la defensa técnica. Cuando esto no se da en la práctica procesal, no se implementa también a la gratuidad, que se queda como una garantía meramente formal, pero no real. (Suárez, 2020, p.10)

Uno de los aspectos que este Nuevo Código Procesal de Familia incorpora, es precisamente lo que la autora indica como la ausencia de representación letrada como requisito para la tramitación de no solo el proceso de Interrelación Familiar, sino cualquiera que no constituya en sentencia, cosa juzgada material. Por lo que es menester para la presente investigación, obtener los argumentos a favor que motivan esta decisión, además del análisis dogmático que se realiza en este.

Sumado a esto, la autora menciona brevemente otro aspecto que resulta fundamental para esta investigación, que es la capacidad procesal que se le otorga a los menores de edad, mayores de doce años y menores en algunas circunstancias determinadas. Por lo que los argumentos con respecto a este tema, sin bien breves, también deben ser considerados para obtener un mejor resultado.

Investigación tendencias del proceso de Familia en Latinoamérica. El Dr. Benavides Santos, (2006) realiza una investigación sobre la construcción del derecho de familia en la región, mediante un estudio de derecho comparado a nivel latinoamericano, pretende enfatizar entendiendo el proceso como una parte convenientemente separable del resto del ordenamiento para efectos de su estudio.

Teniendo como base la idea de rescatar el trabajo de “la profesora argentina Aída Kemelmajer de Carlucci, denominado “El Proceso Familiar y sus Características”, presentado en el Congreso de Derecho de Familia celebrado en San Salvador en el año de 1992” (Benavides, 2006, p.3) propone un estudio a nivel regional de los diferentes procesos que se establecen para la materia de Familia.

Se concluye que existen diferentes iniciativas a lo largo del territorio, para dotar de independencia la norma procesal de familia, así como el surgimiento de reformas que adicionan o cambian la ya establecida:

> En América Latina podemos palpar la tendencia a la promulgación de cuerpos normativos procesales especiales como es el caso de El Salvador, el Estado de Hidalgo de México y Chile. Otra tendencia es a la promulgación de leyes especiales que reforman y adicionan otras: Perú y Buenos Aires. También está el caso de Panamá y de Bolivia que regulan sus procedimientos familiares dentro del Código de Familia. Se tiende a la especialización de los Tribunales de Familia, desde Bolivia en 1972 hasta Chile en el 2004. (Benavides, 2006, p.34)

Además de que es claro la tendencia al proceso oral, se resalta la implementación de cargo de fiscal de familia, en la que en algunas legislaciones se les dota de funciones hasta de mediadores, así como el hecho de que:

> Hay situaciones en que las legislaciones permiten la no presencia de un profesional en derecho o bien permiten la representación de las partes por sí. El tema de los consejos técnicos, o equipos interdisciplinarios, o de expertos resulta de mucho interés en las comparaciones, y se observa cada vez más interés en constituirlos adjuntos a los tribunales especializados. Se percibe que la mediación y la conciliación no terminan de afianzarse. (Benavides, 2006, p.34)

Siendo el principal objetivo, crear discusión alrededor de la norma, y sus aspectos que podrían resultar más complicados en su aplicación, este trabajo resulta importante para la presente investigación para ser tomada en cuenta, como una experiencia previa ya agrupada de diferentes estados que tienen o no una norma propia para la tramitación del derecho de familia, y lograr una

mejor exploración de los ámbitos de aplicación y los resultados de su aplicación, en algunos casos, por un periodo ya largo de tiempo.

Proyecciones

Alcances

- Se explicará los alcances de implementación de la figura de la autopostulación y el otorgamiento de capacidad procesal de las personas menores de edad, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia, en Costa Rica.
- Se cuestionará la conveniencia de la implementación de la figura de la autopostulación y capacidad procesal de las personas menores de edad, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia.
- Se sintetizará sobre las diferentes posiciones con respecto a la conveniencia de la implementación de la figura de la figura de la postulación y capacidad procesal de las personas menores de edad, previo a la entrada en vigencia de la norma.

Limitaciones

- Es importante tomar en cuenta que no es hasta octubre de 2022 que entrará a regir la norma, por lo que puede resultar aventurado predecir los resultados que se generan da la aplicación de esta reforma.
- Sumado a lo anterior, se cuenta con datos y experiencias de otras legislaciones con respecto a este tema, pero siempre existe la diferencia demográfica, social y cultural que puede dificultar su comparación con el ordenamiento jurídico de Costa Rica.
- Al ser un tema particularmente nuevo, podría generar una limitación para la búsqueda y obtención de información, por lo que se deberá acudir a diferentes fuentes para obtenerla.

CAPÍTULO II: MARCO TEORICO

Antecedentes históricos del Derecho de Familia en Costa Rica

Desarrollo del Derecho de Familia

Si se pretende estudiar la aplicación de una norma relativa al Derecho de Familia en Costa Rica, es necesario ubicarla en su contexto y revisar sus antecedentes con el fin de aclarar el camino el cual tuvo que atravesar hasta convertirse es una ley aprobada, a pocos meses de entrar en vigencia. Para esto, se debe remontar al Código Civil de Costa Rica de 1888, inspirado en el Código Civil francés de 1808, para obtener las primeras ideas de una legislación en esta materia. Este contenía aspectos que, para su época y la localización, la doctrina ya la consideraba avanzada, como el reconocimiento a la plena capacidad jurídica a la mujer casada, la libre administración de sus bienes, y la posibilidad de decretar el divorcio con la disolución del vínculo matrimonial.

Para el Doctor Gutiérrez, la transformación del derecho de Familia adoptado por el Código Civil, se dio en 1949 con la aprobación de la Constitución Política de Costa Rica:

> La Constitución Política aprobada ese año, producto de una Asamblea con mayoría conservadora, tuvo algunos chispazos de innovación, varios de los cuales correspondieron al campo del Derecho de Familia. Se consiguió el principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio (artículo 52), el derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres (artículo 54), la prohibición de calificar la filiación (artículo 94) y el señalarle al estado el deber de proteger a la familia, y en especial, a la medre y los menores (artículos 51 y 55) (Gutiérrez, 1975, p.55)

Esta reforma constitucional dejó clara la necesidad una revisión en cuanto a lo contenido por el Código Civil, sobre el Derecho de Familia. Sin embargo, no se vio reflejado, más que en lo estético del articulado que se contempla en la ley 1443 del 21 de mayo de 1952, que reforma del Libro I, De las Personas, del Código Civil. Por lo que, no fue hasta 1996, “en un seminario celebrado bajo el auspicio del Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social y el Ministerio de Trabajo, que nace la idea de un Código de Familia”, como lo narra Herrera Maxera (p. 31).

La labor de redacción tardó aproximadamente dieciocho meses; desde noviembre del año 1968 hasta abril de 1970. En el que, a pesar de que fue encomendada la labor de redacción de una norma procesal para la materia, solo fue posible entregar las normas sustantivas del Código. “Las partes II, Procedimiento Administrativos, y III Procedimientos Judiciales, apenas fueron esbozadas en las discusiones de comisión, y todavía esperan redacción” (Gutiérrez, 1975 p. 57).

Uno de los aspectos sobre los cuales encontró diferencia el proyecto de creación del Código de Familia, fue sobre la posibilidad de establecer este como una rama del Derecho autónoma. En un principio se estableció la posibilidad de reformar el Libro I del Código Civil, en el que se contemplara las disposiciones constitucionales, y no solo un lavado de cara como se hizo en su momento, pero mantener la disposición del articulado original. Sin embargo, esto iba contrario con la finalidad que era trabajar el proyecto con la amplitud que la materia requería, además conllevaría a una confusión en cuanto a los otros libros del Código Civil.

> Contra esos postulados se alzan circunstancias actuales como el hecho de que sea hoy la empresa la unidad básica del mundo de los negocios, y la necesidad, sentida cada vez con mayor fuerza, de que las entidades estatales especialidades ejerzan la debida, vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones familiares, en salvaguarda, primordialmente, del interés de los hijos menores. Se afirma entonces la separación del Derecho de Familia del Derecho Civil, sus características propias de una disciplina autónoma, orientadas con finalidades en las cuales el espíritu de lucro no juega un papel alguno y si lo tienen en forma muy especial, la protección de los hijos, el mantenimiento de la familia, y el desarrollo armónico de las relaciones entre sus miembros, en forma que hagan posible el desenvolvimiento de la sociedad. (ídem, p. 23)

El 21 de diciembre de 1973 fue firmado por el presidente de la República, la aprobación del Código de Familia, que se representaba un avance importante en la regulación de derechos de las familias, así como de la igualdad entre las personas que desde el año 1949 que se consagraba en la Constitución Política. Sin embargo, esta labor no fue total como se contemplaba en un inicio, pues el Código deja en evidencia diferentes sesgos de discriminación en razón del sexo que no se pudieron corregir, por la época en que fue promulgado o porque no hubo la suficiente voluntad de emprender un Código que, de por sí, ya era adelantado en estos aspectos a su tiempo.

Pese a que la finalidad del legislador era realizar un Código que contemplara las normas procesales relativas al procedimiento administrativo, que modificar la norma constitutiva del Patronato Nacional de la Infancia y el proceso judiciales, no fue posible por falta de tiempo para entregar el proyecto, sin embargo, fue encomendado finalizar con esta labor en un futuro cercano.

Posterior a estas recomendaciones, se realizaron algunos intentos para finalizar la obra, lo que no pudo ser conseguido debido a diferentes situaciones externas a la voluntad de culminar el proceso. Relata Benavides Santos (2020) de la siguiente manera:

> En 1980 se aprueba la Ley que ordena conformar la comisión redactor, se trata de la Ley 6431 de 16 de abril de 1980, cuyo texto mencionaba lo siguiente: Artículo 1. Crease una comisión especial mixta, que estaría integrada por tres diputados, nombrados por el presidente de la Asamblea Legislativa, y asesorado por dos representantes de la Corte Suprema de Justicia, uno del Patronato Nacional de la Infancia y otro por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Artículo 2. Será función de la Comisión redactar un proyecto de ley procesal para ser aplicado al Código de Familia. Entre sus características ese proyecto propuso: cambio de nombre a "Código de Procedimientos Civiles y Familiares. Privacidad y oralidad. (p. 8)

Este proyecto, que, de acuerdo con la doctrina, representaba un avance importante al Derecho Procesal de Familia, fue dejado de lado para enfocar los esfuerzos en el desarrollo del Código Procesal Civil (1983). Posterior a este intento, existió tres esfuerzos más, de los cuales dos llegaron a la corriente legislativa sin que tuvieran el respaldo para afrontar la fase de redacción y no es hasta el 19 de enero de 2015 que el proyecto 19455 "cumple con el siguiente paso de la publicación, el completísimo dictamen de Servicios Técnicos, la remisión a comisión, y el dictamen de mayoría unánime sobre el proyecto" (p. 17).

Actualidad del Proceso de Familia

En materia de familia, a lo largo de la historia, el proceso ha sido conducido por las normas procesalistas civiles. En la actualidad, se tiene claro esto, siempre con la aplicación de los principios modernos que caracteriza y especializa el proceso de familia, como la informalidad o la gratuidad. Sin embargo, si se ahonda en el proceso, a pesar de que el Código de Familia, establezca lo anterior, este mismo refiere a diferentes legislaciones como instrucción al proceso.

En cuanto a esto, el artículo 8 del Código de Familia establece que:

> Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada por este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil. Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración. El recurso admisible para ante la Sala de Casación se regirá, en todo lo aplicable, por las disposiciones del Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo.

Desde el anterior artículo, se encontró dificultades para entender el procedimiento actual. En primer caso, se establece que será la legislación civil la que instruya el proceso, pero no deberán someterse los jueces y juezas de familia a las reglas de la prueba común, y para el recurso de Casación, las disposiciones del Código de Trabajo. Sobre lo primero, esto no es del todo cierto. Si bien se encuentra en la legislación procesal civil muchos de los procesos que en este momento tramita la jurisdicción de familia, existen diferentes normas sustantivas, como el Código de Familia, el Código de Niñez y Adolescencia que se encuentran permeados de normas procedimentales a pesar de que esta no es su naturaleza.

La regulación procedimental de los procesos de Filiación, reflejan un ejemplo de esta situación. El artículo 98 bis del Código de Familia es el que establece el proceso especial para las acciones de filiación, y establece las reglas procesales, como la admisibilidad, la audiencia oral, la sentencia y los recursos que pueden ser interpuestos. Esto por la reforma que se establece con la Ley de Paternidad Responsable que a su vez modifica la Ley Orgánica del Tribunal Supremos de Elecciones y el Registro Civil, estableciendo también, como el caso la Investigación de Paternidad, un procedimiento administrativo para estos fines.

Otro claro ejemplo de cómo se observan normas adjetivas en legislaciones de naturaleza sustantiva es el procedimiento para la adopción, tanto para personas mayores como para personas menores de edad, el cual se encuentra directamente en el Código de Familia, y no en la legislación procesal Civil. En Código de Niñez y Adolescencia, norma sustantiva, encontramos procesos como el de protección, dispuesto en el capítulo II.

Además de lo anterior, en este momento, la normativa procesal vigente para procesos civiles es el Código Procesal Civil (Ley 9342), más no así para procesos de familia. El artículo único de la Ley de vigencia transitoria para procedimientos de familia (Ley 9621) establece que "Se mantendrá la vigencia de la Ley N.º 7130, Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989, para la tramitación exclusiva de los procesos en materia de familia, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia". La cual entrará a regir a partir del 1 de octubre de 2022, como lo explica el artículo único de la ley 9904.

> Artículo único: Se reforma la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 9747, Código Procesal de Familia, de 23 de octubre de 2019. El texto es el siguiente: Este Código regirá en su integridad a partir del 1 de octubre de 2022. Se mantiene en vigencia el transitorio III, como lo dispone la Ley 9747 Código Procesal de Familia, de 23 de octubre de 2019.

Esto nace por el motivo de que el Código Procesal Civil (Ley 9342) no contempla, como si lo hace el todavía vigente para materia de familia, disposiciones de índole familiar. Por esto la jurisdicción de familia del Poder Judicial, planteó ante la Asamblea Legislativa la posibilidad de que no se aprobara la aplicación de este nuevo Código también a los procesos de familia, lo cual generaría un daño económico a la institución y a las personas usuarias las dejaría en una situación que comprometería el tiempo en el que se ven sometidas al proceso. Benavides explica el proceso de la siguiente manera:

> Voy a poner algunos ejemplos de estos perjuicios. Doña Yerma explicaba muy claramente. El Código Procesal Civil que entra a regir el 8 o el 8 de octubre… elimina los procesos abreviados que contiene el 420 del Código Procesal Civil del ochenta y nueve. El 420 establece que algunos procesos que deben conocer en sede de familia. Ahora son eliminados. Ahora todos los procesos abreviados pasarían a conocerlos en un proceso ordinario, que por una disposición de la Ley orgánica del artículo 95 bis debe ser conocido por un tribunal colegiado. Eso obviamente también tiene un impacto presupuestario serio, porque los procesos de familia son conocidos por un único juez. Al pensar, en hacer ordinarios, significaría más jueces y más recursos. Eso en términos internos, pero quizá quien más se vería afectado es la persona usuaria, porque pasaría a un proceso plenario de más tiempo, a un proceso plenario donde en caso de que la sentencia del desfavorezca, se va directamente a casación. (Benavides, 2020, p.20)

Por lo que, actualmente, a falta de que entre en vigencia el nuevo Código Procesal de Familia, es la legislación Civil ya derogada, Ley 7130, la que se encuentra vigente para la tramitación de procesos de Familia. Esta situación, además de lo confuso que puede resultar y contrario al propósito de acercar la justicia a las personas, y alejarse del misticismo aquel antiguo de los latinajos, representa situaciones de orden y de aplicación de ley complejas, lo que en una materia de esta naturaleza puede desembocar en una lesión al acceso a la justicia.

El tema de remate y embargo es un buen ejemplo de lo complejo que puede resultar. Ya que, al estar la normativa referente a este aspecto derogadas, como es el caso de la Ley de Cobro Judicial, la que se remite por el Código Procesal Civil vigente para procesos de familia, representa una duda si se debe aplicar esta ya derogada, o bien deberá para este fin, aplicarse las reglas dispuestas por el Código Procesal Civil (Ley 9342), bajo el criterio de que debe servir para aplicarse supletoriamente.

Oportunidad de Reforma

La posibilidad de otorgar a la materia de Familia de una norma procesal propia fue prevista desde la creación del proyecto del Código de Familia. Según lo desarrolla Gutiérrez, se fue encomendado la creación de tres libros, que contemplara tanto el procedimiento administrativo como el judicial, dentro de este mismo Código, lo cual no fue posible pues la redacción y discusión de la parte sustantiva requirió un tiempo mayor, esto por cuanto la especialidad de la materia que pretendía ser considerada como autónoma, requería analizar los diferentes supuestos a la luz de distintas ramas profesionales.

> Es necesario igualmente una reforma procesal tanto administrativa como judicial... Ante estas circunstancias me parece necesario que el Colegio de Abogados señale con ocasión de este Congreso Jurídico la necesidad de continuar con la tarea emprendida en esta materia hace casi una década, señalando antes los Poderes del Estado, la necesidad de completar el Código de Familia, con las partes destinadas al procedimiento administrativo y judicial. La corte Suprema de Justicia se ha limitado a la creación de un Juzgado Sétimo Civil en el circuito judicial de San José, especializado en asunto de familia. Pero, funciona dicho juzgado con las normas del Código de Procedimientos Civiles y no hay en su composición estructura o funcionamiento, nada que lo diferencie de un juzgado civil corriente y lo

> aproxime a los tribunales de familia que se tuvieron en mente crear cuando se discutía el Código por la Comisión Redactora. (Gutiérrez, 1975, p. 66)

En ese mismo sentido, posterior al desarrollo de la aprobación del proyecto del Código de Familia, considera lo siguiente:

> Considerando. III. Que la concepción original de la Comisión Redactora del Código de Familia, la parte aprobada por la Ley 5476 era solo el Libro I del proyecto, que debía completarse con un Libro III referente al procedimiento judicial, en materia de familia; IV. Que habiendo dado el país el paso de más importancia y difícil en esta materia al modernizar las normas sustantivas, no debe posponerse la realización un proceso similar en las procesales. (Gutiérrez, 1975, p. 67)

Lo anterior tiene eco en la doctrina actual, pues una materia autónoma del Derecho, con las situaciones específicas que presenta, debe tener una norma propia para instruir su proceso. Por mucho tiempo, se ha interpretado la norma procesal civil para adaptarlas a las necesidades del proceso de Familia, esto por medio tanto del desarrollo doctrinal como de la interpretación jurisprudencial, como por ejemplo aspectos que encuentran su fundamento en la legislación procesal civil, como la inestimabilidad de las pretensiones, o la adecuación de la figura del embargo y remate, el cual, a criterio de la jurisprudencia, se debe aplicar en el contexto del conflicto de familia.

Es aquí donde los principios del Derecho de Familia han jugado un papel importante para el desarrollo, crecimiento y especialización de la materia. Sin embargo, estos no se encuentran expresos en la normativa, sino que han sido desarrollados igualmente por la doctrina y la jurisprudencia, lo que no es lo esperado y no va acorde con la filosofía moderna del legislador de contemplar estos principios de forma expresa para que todas las normas sean aplicadas a la luz de estos principios.

Lo anterior representa el antiguo conflicto de la seguridad jurídica, ya que al no contar con estos preceptos positivizados es difícil para las personas encontrar los argumentos claros para la tramitación del proceso, acudiendo a un Código como se pensaría, sino que debe acudir a las mismas interpretaciones de la legislación civil, para encontrar la que se aplica en materia de familia.

Esto, en la mayoría de los casos, representa un desorden de normas independientes que complican su aplicación, como se explicaba anteriormente, y, por supuesto, lesiona el fin mismo de la aplicación de la regla procesal. Pues se utiliza mucho tiempo para decidir de situaciones del proceso, lo cual debería utilizarse para fallar de mejor manera y mayor apego con la ley y los principios de la materia. Esta discusión constante, se deriva de este desorden de normativa que se encuentra en la legislación costarricense, lo que desgasta tanto a las partes como a los operadores del derecho, que tienen que emplear el esfuerzo, y el tiempo del proceso, es decidir temas que podrían ser no tan trascendentales como lo es la definición de la competencia, o sí se debe acumular o no un proceso.

Reforma Procesal de Familia

Objeto del Código Procesal de Familia

Para tener claro el análisis que se debe realizar en torno al nuevo sistema que introduce el Código procesal de Familia, se debe tener claro lo que se pretende con esta aplicación. En un extracto del proyecto del Código Procesal de Familia, que Benavides (2020) cita, se expone lo siguiente, como los principales retos para la creación de este nuevo sistema:

> Desde luego el reto Desde luego el reto de la sistematización organizacional y procesal en una ley de jurisdicción familiar o en un CPF, o en una ley del sistema judicial de familia deberá abordarse con mucha decisión para que los esfuerzos culminen con diseños que impliquen progresos cualitativos y cuantitativos en lo que la forma de abordar los conflictos Costa Rica familiares como un claro indicador de la calidad de vida de los costarricenses y los no costarricenses se refiere, los cambios entre el nuevo sistema y el presente deben ser sustanciales y perceptibles claramente en el plano de la realidad en lo que a la cotidianeidad y las oportunidades que abriría a las personas y a las estructuras familiares para encontrar respuestas a sus problemas y necesidades los cambios no pueden ser simplemente conceptuales filosóficos dentro de una arcaica teoría pura del derecho y del proceso estos cambios deberán dejar una huella claramente palpable para la persona común y corriente quién debe ser el centro de esta reforma la administración del sistema y su crítica en control serán claves para que su operación se mantenga dentro de los cánones de la eficiencia de la calidad y la satisfacción del ciudadano. (p 29)

De lo anterior se extrae que no solo se pretende una reforma que contextualice y agrupe los diversos modelos contenidos en las diferentes leyes procesales que rigen en materia de Familia, sino que se toma esta oportunidad para realizar un cambio sustancial en la realidad que enfrentan las personas para resolver sus conflictos por esta vía. Manifiestan que no es suficiente un cambio filosófico del proceso, sino que se debe entrar a fondo para hacer una reforma en la administración de justicia de forma palpable por todos los involucrados de este.

Si se estudia el desarrollo del Derecho de Familia, es fácil encontrar que en un primer plano se encuentra la necesidad de otorgar al Derecho de Familia esa mayor autonomía, la que fue conseguida en un inició con la creación del Código que separa la regulación familiar del libro de las personas del Código Civil, y que representa un gran paso para este fin, pero, como se lograba ver anteriormente, no fue posible cumplir con todos los objetivos, uno de estos otorgar una legislación procesal también al Derecho Familiar. Esto principalmente se debe a las particularidades que envuelve a esta rama del Derecho y de que muchos doctrinarios hacen eco, y es que más que el papel de vencido y vencedor no tiene ningún sentido en un contexto que pretende que:

> el lucro no juega un papel alguno y si lo tienen en forma muy especial, la protección de los hijos, el mantenimiento de la familia, y el desarrollo armónico de las relaciones entre sus miembros, en forma que hagan posible el desenvolvimiento de la sociedad. (p. 23)

Por tal razón, se enfoca la creación de este Código en otorgar a las personas una posibilidad para que solucionen sus conflictos familiares, de la forma más célere y que no violente las mínimas garantías de defensa que deben tener en el proceso. Para lograr medir su efectividad, Benavides (2020) considera que debe hacerse mediante uno de los pilares, de los cuales se pretende ahondar posteriormente que es el de la persona humana. Esta ley se debe interpretar siempre, de acuerdo a sus redactores, teniendo como centro a la persona humana:

> Tener como centro a la persona humana tiene íntima relación con el establecimiento, medición y evaluación de los estándares de calidad, esto tiene que ver con fijar condiciones mínimas para la satisfacción de las necesidades de los usuarios del nuevo sistema procesal de familia encaminadas a la consecución de grado óptimo del servicio. (…) Esto nos lleva tanto a los 6 propósitos que anunciamos y los 10 puntos de los pilares anteriores como aspectos esenciales del sistema deben ser traducidos en parámetros medibles y evaluables

> constantemente. (…) Igual debe suceder con metas relacionadas con la duración de los procesos lo que indudablemente tiene relación con los principios del artículo 5 del código procesal de familia a saber celeridad y economía procesal tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han referido a la buena administración de Justicia y entre sus componentes de la administración de Justicia eficiente el siguiente es el primer planteamiento para dar seguimiento a casos dentro del nuevo sistema. (Benavides, 2020, p 48)

Sobre esto que plantea como parámetros claros para la medición del cumplimiento de los objetivos, se encuentra a la cabeza de la lista el cumplimiento con el aspecto fundamental de tener a la persona como centro del sistema. En segundo lugar, establece que "se entienden las normas procesales como instrumento para efectivizar el derecho de fondo" (p 49).

Además de lo expuesto anteriormente, el Código es claro en cuanto a su objeto de garantizar la efectivización de las normas jurídicas de fondo, mediante el proceso. Este se trata del principio de instrumentalidad. Lo cual va de la mano con la necesidad de que se interpreten las normas en consideración de la persona humana, y que no se impida a este poder a acceder al derecho sustancial.

Lo que es claro es que, como viene siendo costumbre en la legislación de este país, se intenta desde los principios, dejar claro las formas de interpretación de la ley, y los fines para los cuales es creado el sistema. En este caso va más allá estableciendo una serie de pilares sobre los cuales deberá descansar el proceso, y su interpretación, los cuales recoge el Código y deben ser analizados con detenimiento.

Pilares de la Reforma Procesal de Familia

Como se indicaba anteriormente, es necesario tener claro el planteamiento del Código, lo que pretende reformar y hasta donde quiere llegar, para realizar el mejor análisis de este. En esta oportunidad, existen una serie de lineamientos resaltados para entender de mejor manera este Código. De acuerdo con Benavides (2020), existen diez pilares de este nuevo sistema procesal que se implementará en la materia de Familia. Sostiene que toda la explicación o definición dentro de este sistema debe ser en base a la expresión de estas diez ideas, o por lo menos tenerlas implícitas

en las decisiones que se tomen para instruir el proceso, por lo que resulta necesario explicar estos pilares, desde su perspectiva, con el fin de obtener mejores resultados:

El Proceso de Familia Como un Sistema. El primero de estos pilares, se trata de la concepción del proceso de familia como un sistema. Sobre esto el segundo parrado del artículo 2 del Código Procesal de Familia establece que:

> Las normas se aplicarán, interpretarán e integrarán de una forma sistemática, atendiendo al espíritu y la finalidad de ellas, haciendo prevalecer los principios constitucionales y de los instrumentos internacionales, potenciando las normas y los principios del derecho de fondo sobre los procesales y los de tipo personal sobre los patrimoniales.

Según la Real Academia Española, un sistema es un "conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí" (Real Academia Española, 2022). Para Benavides (2020) es "coherencia, es integralidad y suficiencia" (p. 35). Esto hace referencia a que debe ser tratado como un proceso aplicado de forma uniforme, que responda por sí mismo, y que lleve una línea argumentativa y ordenada en cuanto a su aplicación. Explica además que:

> El sistema procesal de familia no es literalidad, no es procedimentalismo, no es procesalismo, no es fórmula jurídica pura, es atención transdiciplinaria, y es del todo presente en las partes. Es coherencia en virtud del espíritu y finalidad del sistema. Es un todo en virtud de las normas de rango superior, a saber, la Constitución y los instrumentos internaciones que deben prevalecer sobre las otras normas. En fin, es un sistema, y es un sistema sofisticado, para lo cual hemos dado pasos, sin los cuales no se puede entender los retos que tenemos en frente para como hemos dicho, pasar a los siguientes niveles. (p. 35)

Persona Humana Como Centro del Proceso. El segundo aspecto al que se le otorga este grado es el de la persona humana como centro del proceso. Es decir, un proceso que se desarrolle en torno de la persona, atendiendo las particularidades de cada uno de los grupos que conforman a las personas. Esto se observa claramente en el artículo 6 de este Código, que en lo que interesa establece que "Las normas contenidas en la presente ley tiene como centro a la persona humana".

Benavides (2020) explica que, entender a la persona humana como centro del proceso, requiere entender que son las personas que tienen los conflictos y requieren que se solucionen, pero este proceso va a ser dirigido, apoyado y decidido por personas. Por lo cual, es debido considerar

siempre que el tiempo y recursos invertidos estén de manera justificada en el desarrollo de las personas que forman parte de este sistema:

> Equivale también a entender que existe un nivel mínimo de condiciones aspirando a un nivel óptimo de calidad. Tener como centro a la persona humana quiere decir que los recursos estén estratégicamente dispuestos para obtener el mejor resultado del proceso. Esas personas humanas a que se refiere la idea son las partes y los participantes y todo detalle debe evidenciar que se trata de los servidos principales y el resto son servidores con la misión de colaborar a que el asunto o conflicto pase a un nivel de solución integral y eficaz. Eso significa y así debe quedar claro. Así las actuaciones procesales son una manifestación de la función jurisdiccional pero inescindiblemente debe mostrarse como servicio para las partes, y ese servicio debe ser de calidad, acorde con el cumplimiento de ciertos mínimos esperables. (Benavides, 2021, p. 53)

Esto deja claro el fin para el cual se establece el sistema que se mencionaba anteriormente. Y de la mano al objeto de la norma, se establece como la base para entender cómo se desarrolla el proceso establecido. Ya partiendo de este punto, lo demás, debe ser aplicado para garantizar una mejor calidad de vida de las personas. Para Benavides (2020), los principios son establecidos en atención a la persona humana, y no al proceso en sí mismo, lo que se explica el Código dentro de sus principios.

> Ahora bien, ese espíritu y finalidad el tener como centro a la persona humana nos va dibujando los ingredientes que tienen todas las normas, a saber, los principios rectores. Si, porque podemos pensar en un cocinero (el legislador) que quiera hacer una receta de cocina (receta que se llamará sistema procesal de familia) y destinada a mejorar la calidad de vida de las de la persona humana para ellos reúnen los ingredientes esenciales necesarios (esos ingredientes necesarios son los principios rectores) a partir de esos ingredientes quiere dejar hechas algunas variaciones de las recetas combinando varios de los ingredientes de diferentes formas pensando en diferentes situaciones (siempre resguardando la instrumental a lo que nos referiremos en el punto 3 y la contextualización que explicaremos en el punto 4) pero de todas maneras al principio de la receta escrita va a dejar dicho que para estas situaciones previstas. (p. 36)

Instrumentalidad. Este principio se encuentra contenido desde el artículo 1 del Código Procesal de Familia, que indica que "El presente Código establece la normativa procesal para hacer efectivas las normas jurídicas sustanciales relacionadas con la materia familiar". Así también lo vemos plasmado en otras obras como el Código Procesal Civil donde que se indica que "Al aplicar la norma procesal se deberá tomar en cuenta que su finalidad es dar aplicación a las normas de fondo" (art. 2.2).

La instrumentalidad, como ya ha sido adelantado, resulta de especial importancia para determinar el cumplimiento de los objetivos de una norma, lo cual va a ser desarrollado posteriormente.

Contextualización. Este concepto considerado como un pilar de la reforma procesal de familia, se ve reflejado en el artículo 2 de esta ley, en el que se explica se deberán atender las consideraciones del proceso "contextualizado en armonía con las necesidades y las características propias de la materia familiar." (art 2). Esta labor de contextualización no se trata de un único aspecto, sino que debe ser aplicada en todos los diferentes espectros que abarca el proceso de Familia, según lo expone Benavides (2020):

> Esta idea de contextualización es cimera, culminante, eximia, sobresaliente, eminente, preciada en este sistema. La contextualización "en armonía con las necesidades y características propias de la materia familiar" es una competencia refinada que debe desarrollar el operador del sistema de derecho procesal de familia con todas las aplicaciones, interpretaciones e integraciones, si bien en ese artículo se puntualiza nada más y nada menos referida al debido proceso, debe entenderse que la contextualización se debe dar en toda situación de aplicación, interpretación e integración procesal. Contextualizar es poner en contexto, y contexto es el "conjunto de circunstancias que rodean una situación y sin las cuales no se puede comprender correctamente." A partir del contexto se puede interpretar o entender algo. El contexto es un marco condicionante. Ahora bien, la administración de justicia familiar es un fenómeno de alta complejidad, y ubicar las necesidades y características de la materia familiar es fundamental. En el desarrollo de la ciencia de lo procesal, el tema familiar no ha estado en el foco, y, por ende, los conceptos e institutos hasta ahora conocidos deben ser contextualizados, pues si no resultarán desfasados. Hay que ubicar los conceptos, institutos y los elementos en su contexto para

> que adquieran sentido, y así como la palabra necesita del texto que es su propio contexto, así los conceptos, institutos y los elementos que hasta ahora se han construido resultan primitivos sin una referencia y perfección relativa al contexto en armonía con las necesidades y características propias de la materia familiar. (pp. 55-56)

Según la anterior exposición, resulta determinante contextualizar la situación que se presente en diferentes aspectos, desde lo más amplio como lo puede ser el propio proceso que se desarrolla, el tipo de conflicto, hasta el tipo de familia y el grado de educación y sociocultural de las partes. Se trata de un proceso de reflexión que debe ser claro y coherente, en el que las personas puedan saber que esperar del proceso, de acuerdo con las circunstancias que han sido anteriormente vistas en los Tribunales y que se logran determinar este tipo de presupuestos fácilmente.

Suficiencia normativa. El termino de suficiencia normativa se encuentra previsto en el artículo 3 de la ley, en la que se establece lo siguiente:

> En casos o situaciones no previstas en este Código, la autoridad competente integrará la normativa atendiendo a los principios sustanciales, procesales y demás fuentes de la materia familiar. La decisión deberá ser fundamentada y no se recurrirá a la aplicación de fuentes procesales de otras materias que resulten, por su naturaleza, incompatibles con los fines previstos en esta ley. (art. 3)

De acuerdo con lo anteriormente desarrollado, esta idea de un sistema uniforme que se autosostente, resulta en concordancia con la idea de que se establezca de forma cada vez más clara la distinción con el derecho civil y otras ramas del derecho, es decir que se obtenga este grado de autonomía a la materia. Además de que se garantice la aplicación de los principios y especialidades que la materia requiere, en caso de que sea necesario aplicar fuentes de otra legislación.

Sin embargo, existen excepciones a esta regla de suficiencia normativa como lo relativo al cobro de las sumas derivadas de la restitución de cuotas alimentarias, contemplado en el Código Procesal de Familia, que indica que “posterior a ello, se resuelve decidiendo el monto debido, cuyo cobro se hará en el mismo proceso, según lo normado en las normas relativas a los cobros judiciales de los títulos ejecutorios” (art. 275). Asimismo, se establece que, para el cobro mediante título ejecutorio, de las cuotas alimentarias ordinarias, aguinaldos, salarios escolares, y demás, pueden ser cobrados en el mismo despacho judicial, mediante la vía de ejecución y podrá solicitar que “se

ordene el embargo de bienes en cantidad suficiente para la suma adeudada, intereses legales y costos de la ejecución para su posterior remate, según lo establecido en la normativa referente a los cobros judiciales" (art. 285).

Similar situación se da con la Ley de Resolución Alterna de Conflictos; existen múltiples referencias a esta en artículos como el artículo 9 del Código Procesal de Familia, sobre la conciliación, en el que se indica que se pueden aplicar otros mecanismos establecidos en la "Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, de 9 de diciembre de 1997, o instrumentos internacionales, siempre que sean compatibles con los objetivos y los fines de la materia familiar". Así como con respecto al apremio corporal, se establece que:

> Para el cumplimiento de la orden de apremio corporal podrá extenderse, a pedido de la parte gestionante y luego de agotadas otras formas para hacer efectiva la orden, allanamiento del lugar en donde se oculte la persona deudora, cuya actuación verificará la autoridad judicial que conoce del asunto o comisionar a otro despacho, todo según los procedimientos dados en la legislación procesal penal. (art. 283)

Protección de la persona con vulnerabilidad. Este aspecto se resalta en el artículo 7 del Código, en el que se establece que los procesos de la jurisdicción familiar, las personas juzgadoras tendrán particular esmero en la efectivización de los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad, contenidos en la normativa nacional, internacional y sus principios.

Lo anterior va de la mano con la contextualización necesario que se debe realizar a cada caso concreto para la resolución del conflicto, ya que parte de las situaciones específicas que a las cuales se enfrentará el proceso es las personas en condición de vulnerabilidad y como debe garantizarse el acceso y efectivización de sus derechos también a estas personas.

Antes de analizar lo expuesto por el legislador en esta ley, es necesario dejar claro el significado y alcance de vulnerabilidad. La Declaración de Brasilia, en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, más conocida como las "100 Reglas de Brasilia", establece lo siguiente:

> Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para

> ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.
>
> En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.
>
> Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas - culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad.
>
> La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico. (La Declaración de Brasilia, 2008)

Teniendo claro que el concepto de vulnerabilidad no se trata de solo un grupo especifico de personas, sino que existen diferentes causas por las cuales una persona podría estar en condición de vulnerabilidad, el Código establece que se deberá garantizar la efectivización de los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad, para cual se establecen una serie de consideraciones que se observarán. Sin embargo, este tema va más allá del sistema que utiliza para la resolución del conflicto, y que se debe tener presente, pues el tema de la accesibilidad, por ejemplo, debe ser garantizado desde antes, como la disposición de estándares para que el lugar pueda ser accesible, capacitación de las personas funcionarias de los Tribunales, y en general todo un sistema que sea acorde con el respeto a los derecho de todas las personas debe ser considerado en un plano general por las instituciones correspondientes.

En cuanto al Código Procesal de Familia, se observa de forma expresa que, para la inclusión de prueba al proceso, el juez deberá fundamentar su relación decisión tomando en cuenta principios de imparcialidad, razonabilidad, proporcionalidad, experiencia, solución integral, vulnerabilidad,

protección y accesibilidad, así como para evitar los fraudes procesales (art.155). Además, por mencionar otro ejemplo, los artículos 43 y 44 establecen las garantías de las personas menores de edad y las personas con discapacidad y adultas mayores.

Oralidad instrumental y contextualizada. En esta reforma la oralidad es tratada como un subsistema, ya que este forma parte del sistema procesal en general. Para Benavides (2020), la reforma procesal de familia, no se base en el sistema de la oralidad, sino que este es uno de los elementos escogidos para garantizar el buen funcionamiento del sistema que se pretende. Sobre esto manifiesta lo siguiente:

> Debemos tener presente que la materia familiar tiene particularidades importantes por la naturaleza de los actos jurídicos sustanciales que se busca proteger y por la calidad de las personas que interviene con intereses diversos en el conflicto, además, de la necesidad de extender la tutela a ese nivel jurídico de los grupos en condiciones de vulnerabilidad, como lo específica y subrayan los artículos 7 y 8, que hacen que el tratamiento de los institutos procesales pueda tener diferencias importante con respecto de alguno teoría general del Derecho Procesal. (p. 44)

Sobre el sistema procesal de oralidad, el Código establece que "Salvo disposición en contrario, los procedimientos que regula este Código se regirán por el sistema procesal de oralidad con aplicación del principio de privacidad dentro de él" (art.4). Es decir, se trata de un sistema que deberá siempre tenerse como prioridad el desarrollo de los actos procesales de forma oral, con el fin de garantizar el buen desempeño de los factores propios del sistema de la oralidad como la inmediación y concentración que se desarrollarán. Pero que no quiere decir que esto sea una regla indiscutible, sino que será el juez en consideración del contexto en el que se desarrolla el conflicto, y la instrumentalidad, que deberá interpretar la forma que promueva mejor estas normas.

A este es que se refiere el autor como oralidad instrumental y contextualizada, no se trata de una oralidad sobre todas las cosas, sino que atención a estos dos pilares como estos, se debe garantizar que las partes puedan acudir a hacer valer sus derechos de la mejor forma posible, y no represente el proceso un problema para esto. Un ejemplo de esta situación son los procesos de ejecución, que, en su mayoría, son realizados de forma escrita, hacer lo contrario sería someter a las partes a un proceso extenso que no cumple lo llamado como instrumentalidad. Por lo que el Código establece esto en diferentes ocasiones, como una preferencia y no una regla indiscutible.

Conciliación. Como se ha indicado en anteriores ocasiones, el Derecho de Familia se reviste de condiciones especiales las cuales deben ser tomadas en cuanta para la resolución de los conflictos. Esto hace ver que el proceso debe adaptarse a las condiciones necesarias para garantizar una efectiva aplicación de los derechos y que las personas puedan acceder a este de la forma más oportuna. Esto lo sostiene Arboleda (2017), indicando que los conflictos personales deben ser abordados desde diferentes perspectivas y no solo se trata de la visión tradicional del Derecho.

> En referencia a las emociones, estas son generadoras de conductas humanas. Abordar e interpretar el comportamiento de las personas y la interacción con los demás al solucionar sus conflictos, constituye una situación compleja que involucra diferentes disciplinas, unidas intrínsecamente por relaciones de codependencia (Filosofía, Sociología, Psicología, Derecho, Comunicación, entre otras). En cuanto al Derecho tradicional, este se limita al estudio de las conductas humanas que tienen incidencia en la transgresión normativa; debido a su formación exegética, positivista, reducida al acatamiento de la ley, deja de lado el estudio y el conocimiento de las emociones presentes en todos los conflictos socio-jurídicos y en particular en el conflicto familiar. (p. 82)

En consideración de lo anterior, se deja en evidencia que si lo que se pretende es una resolución integral del conflicto, y no la aplicación de una norma general a un caso específico, lo correcto es que las partes puedan llegar por sí mismos a acuerdos que satisfagan las pretensiones de ambos de la mejor manera. También se manifiesta lo siguiente:

> Por tanto, la convivencia pacífica en cualquier entorno puede verse afectada por los conflictos "inherentes a la coexistencia social" (Márquez, 2013, p. 27), los cuales surgen de la divergencia, la contraposición de necesidades, la búsqueda de intereses particulares, la disputa de recursos de cualquier naturaleza, especialmente cuando estos son escasos y están personificados. Los conflictos siempre estarán presentes en la naturaleza humana por lo que es inevitable que se presenten en la familia; la forma en que se abordan estos desacuerdos es lo que marca la diferencia, aceptándolos como oportunidad para mejorar las relaciones familiares. (Arboleda, 2017, p. 83)

Este un criterio que se ha mantenido, de forma errónea, por mucho tiempo, que la conciliación dentro de un proceso de Familia corresponde a un acuerdo tomado para mejorar las relaciones familiares. Lo cual no es del todo cierto. Ya que, en un proceso de Divorcio, por ejemplo,

la conciliación no se trata de una reconciliación de las partes, sino que estas dejen atrás las diferencias que le impiden ponerse de acuerdo en cuanto a diferentes temas, como lo es la misma disolución del vínculo. Cabe resaltar que esta situación, fue ya dejada atrás con la aprobación de la Ley para la reivindicación de la autonomía de la voluntad en el proceso de divorcio (Ley número 9823).

Si se continua con el ejemplo de los procesos de ejecución, el artículo 321 establece que una vez "Rendido el peritaje y los informes necesarios se convocará a una audiencia de conciliación". Este es un claro ejemplo como el Código promulga que los conflictos sean resueltos en una mayor medida de forma autocompositiva y que no sea un agente externo quién decida. El cual, eventualmente en caso de que no exista anuencia, será resuelto el proceso de esta forma. Además de lo que se contempla que, en cualquier estado del proceso, las partes pueden solicitar la realización de audiencia de conciliación que no podrá ser negada, salvo los casos que sea imposible, por la legislación, conciliar.

En los casos donde presente situaciones de violencia intrafamiliar, este Código trae consigo un cambio sustancial en cuanto al instituto de la conciliación. Y es que, a la fecha, en Costa Rica no es posible conciliar en ningún aspecto en situaciones donde exista violencia intrafamiliar. Esto lo vemos reflejado en el Código de Niñez y Adolescencia, que:

> No podrán ser objeto de mediación ni conciliación los asuntos en los que existan derechos irrenunciables de las partes, los relacionados con la violencia doméstica, los de suspensión o pérdida de la autoridad parental ni los que puedan constituir delitos. (art. 155)

Lo anterior sumando a la circular 110-2020 de la Corte Plena, en la que se reitera la Circular N° 60-99, relacionado con las "Reglas prácticas para facilitar la aplicación efectiva de la Ley contra la violencia doméstica", en lo que interesa establece lo siguiente:

> XII. El artículo 12 de la Ley contra la Violencia Doméstica no establece la comparecencia para que las partes se concilien. Esta legislación, tampoco señala que la conciliación sea una forma atípica para finalizar el procedimiento. La finalidad de la diligencia está claramente definida en la normativa y por esa razón, no resultan aplicables, en forma supletoria, normas procesales, que pueden resultar incompatibles. Además, el artículo 155,

del Código de la Niñez y la Adolescencia, prohíbe la conciliación en materia de violencia doméstica.

Esto viene a ser reformado con el Nuevo Código: “Se prohíbe la conciliación en aquellas situaciones en que se constaten relaciones desiguales de poder, salvo que se determine que lo acordado beneficie a la persona en situación de vulnerabilidad” (art. 9) Y, en específico, el artículo 199 que explica que no procederá la conciliación, cuando se trata de la discusión de derechos irrenunciables o indisponibles. En violencia intrafamiliar o protección de derechos de personas en estado de vulnerabilidad solo se admitirá cuando sea evidente que el acuerdo favorezca a la víctima.

Definitivamente este es un cambio importante en la dinámica del proceso familiar, pues si se tiene en consideración que el conflicto familiar no se limita únicamente a un proceso, sino que dentro de este conflicto las personas lo ven reflejados en diversos procesos, el cual el de protección en muchas ocasiones es uno de ellos, limitar a las partes a no poder finalizar un proceso de Régimen de Visitas, o de distribución de los bienes gananciales, mediante el instituto de la conciliación, por el único hecho de que existe un proceso en el Juzgado de Violencia Domestica, o medidas de protección, ya no va a ser posible, sino que a la persona juzgadora le corresponderá ahondar más en este y determinar si existe en el acuerdo alguna forma de vulneración a los derechos de la víctima. Esto, además, de que se mantiene la prohibición de finalizar el proceso mediante la conciliación en aspectos de derechos irrenunciables o indisponibles, como lo referente a la filiación, o los atributos de la autoridad parental.

Abordaje integral, interinstitucional e interdisciplinario. Para finalizar, se explica, que existen tres conceptos que deben tenerse presente para entender el fin de Código, y desarrollar su aplicación de una forma correcta. Se trata del abordaje integral, interinstitucional e interdisciplinario. Sobre el primero es mucho de lo que ya se ha hablado, que es una concepción integral del conflicto, y no resultadista, ya que debe tenerse presente que existe un conflicto en el seno de la familia que probablemente no va a ser resuelto con la sentencia del proceso, por eso debe realizarse mayores esfuerzos para garantizar que las partes puedan encontrar una solución al conflicto en el proceso.

El segundo y el tercero van de la mano, ya que, para lograr un abordaje integral, debe existir un apoyo de diferentes diciplinas que puedan ayudar a la solución de esta forma, y este apoyo tiene

que ser realizado por las diferentes instituciones que forma parte del Estado. Esto lo explica de la siguiente forma Benavides (2020):

> Debe tenerse claridad que el sistema debe tender en primer lugar al abordaje integral del asunto con herramientas por ejemplo de las citadas de los artículos 13 al 15 del código según los cuales se deben dar a conocer la persona juzgadora debe conocer todos los procesos administrativos y judiciales que tienen las partes para que se determine cuáles se conocerán en una sola audiencia y probablemente se decía en una misma sentencia en segundo lugar el conflicto de asumirse desde la perspectiva y las personas juzgadores y abogados litigantes deben tener preparadas y sensibilizados para ello los equipos interdisciplinarios deben intervenir para acercarse lo más posible a la situación al conflicto en sus diversas etapas incluyendo el seguimiento otra faceta es que conforme al artículo 10 los sujetos deberán construir el camino interinstitucional para coordinar con entes y organizaciones comunales regionales o nacionales personas jugadores y personas litigantes deben cambiar los recursos institucionales que pueden coadyuvar en una solución efectiva del asunto. (p. 47)

Sistema Procesal

Principio de oralidad. Según Palavecino (2011) “El proceso es, en resumidas cuentas, “el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. Y no otra cosa” (Alvarado citado por Palavecino, 2011, p. 17).

Actualmente, para la tramitación de los procesos de familia se utiliza el sistema escrito. El mismo que hasta la reforma de 2018 se utilizaba para los procesos civiles. Pese a que se trata de la generalidad y el grueso de los procesos, existen otros procesos que son tramitados mediante el sistema de la oralidad, como lo es el Proceso Especial de Filiación, consignado en el artículo 98 bis del Código de Familia.

Este proceso fundamentalmente escrito, basado en el Código Procesal Civil (1989) es ya rechazado por gran parte de la doctrina moderna, ya que representa un proceso largo, que no cumple con las expectativas de un proceso ágil y eficiente. Este modelo, según narra Arguedas (2013):

> se trata de un sistema inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que luego fuera reformada en 1881, pero que, en lo esencial, mantiene su perfil original: sistema escrito, secreto, basada en actas preparadas, en gran parte por actuarios, secretarios o funcionarios, propios de los sistemas medievales. (p. 50)

Además de lo anterior, dentro de las carencias que presenta el sistema escrito, enlista las siguientes:

> El régimen procesal nuestro, entonces, fue el procedimiento escrito, en su más amplio sentido, secreto, burocrático de predominio de la tarifa legal en la evaluación de la prueba y de una gran lentitud. La prueba se evacua por escrito. Un proceso con tres instancias. Un proceso sin concentración ni inmediación. Un sistema plagado de un sinnúmero de actos procesales y recursos interlocutores con efectos suspensivos, lo que llevó a decir al ilustre procesalista americano Eduardo Couture, que era un procedimiento "desesperadamente escrito" en cuya expresión se sintetiza una situación estado de ánimo de los juristas de profundo rechazo del mismo. (p. 52)

Ahora bien, la oralidad no significa que el procedimiento se desenvolverá de forma expedita, como se puede llegar a pensar, ya que al igual que el sistema escrito, tiene sus carencias, fundamentalmente en el presupuesto que en el momento se disponga para su funcionamiento. Como explicaba Artavia (2016), para el funcionamiento del sistema escrito, se requiere un mayor número de secretarios o técnicos, ya que estos son los que revisan las solicitudes escritas de las partes, y redactan el borrador de las resoluciones que deben ser firmadas por las personas juzgadoras, mientras que en la oralidad, ya los técnicos no cumplen otra función más que los trámites como las notificaciones, expedir oficios, y la revisión del expediente para la audiencia, y son los jueces quienes dirigen el proceso en las audiencias orales.

Esto significa que, presupuestariamente hablando, si se establece la oralidad como parte del sistema procesal, se debe variar la cantidad personas juzgadoras en los despachos -si se pretende que el proceso sea acorde con lo expuesto en el artículo 41 de la Constitución Política-. Por otro lado, si se pretende otorgar de celeridad al proceso escrito, un primer paso es aumentar el número de técnicos para que el trámite se realice de forma más rápida. Por lo que un mayor número de juzgadores y juzgadoras, representaría un mayor impacto al prepuesto en comparación con el que representaría elevar el número de técnicos en un despacho.

Sin embargo, el proceso oral, garantiza que la inmediación, la concentración, y la identidad física del juez serán respetadas. Situación que en el modelo actual no se da, ya que quien recibe la prueba puede o no ser la misma persona juzgadora que fallará el expediente, esto sumado a los plazos para el dictado de las sentencias y los diferentes criterios, pueden hacer que pasen mucho tiempo para que los procesos puedan ser terminados con sentencia.

Y es que estos tres aspectos son los que determinan la existencia de un verdadero proceso oral. Lo que para el proceso escrito sería el principio de preclusión, para el proceso oral, es la concentración, inmediación, identidad física del juez, y la publicidad. Para Artavia et al. (2016), estos fundamentos se deben ver exaltados en las reformas procesales. Y esto lo recoge también este Código Procesal de Familia.

Concentración. El artículo 124, establece la concentración como principio, y lo define de la siguiente forma:

> Todos los actos de la audiencia deben llevarse a cabo de forma consecutiva, pudiendo únicamente interrumpirse las audiencias por motivos de horario de los despachos o cualquier situación que ocurra que imposibilite la diligencia, pero en todo caso debe proseguirse lo antes posible ese mismo día o al día siguiente, conservando la unidad de la audiencia. (art. 124)

Para Artavia et al. (2016), el fin de este principio es evitar que lo desarrollado en la audiencia desaparezca de la memoria de la persona juzgadora (p. 77). Además, de que toda la actividad procesal se realice de la forma más unificada posible, sin que se realicen segmentaciones innecesarias. Lo que explican de la siguiente forma:

> Si hacemos una radiografía al proceso existente que se tramitaba mediante un devenir de etapas preclusivas como esclusas o comportamientos de un canal, dónde no se avanzaba la siguiente etapa si no se había agotado la precedente y donde la posibilidad recursiva y volvía aún más lento el avance, era de esperar que ese modelo estaba llamado al fracaso por desconcentrado, lento, burocrático y desesperadamente escrito. (p. 78)

Inmediación. Este se trata de otro de los fundamentos de un sistema oral. Este, a diferencia del sistema actual, sostiene que el juez debe tener un contacto directo con el proceso, sin intermediarios, pero en específico, con la prueba.

Eisner, citado por Andrade (2018) sostiene que el principio de inmediación es aquel mediante el cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa (p.63). Así mismo indica que, por el contrario, en la escritura, se da una desvinculación de la persona juzgadora de la prueba.

> En procesos articulados bajo el principio de la escrituración el juez se encuentra desvinculado del conflicto que debe resolver, conoce y resuelve las controversias situándose frente a montañas de papel, no frente a personas. Como señala Cavani Brain, se sostenía bajo este modelo que el menor contacto posible del juez con las partes y con el material probatorio permitiría que aquel "decida sin ningún tipo de influencias ni que medien sentimientos personales en su labor", con lo cual se garantizaría que el juez resuelva con mayor justicia e imparcialidad. (Trujillo, 2018, p. 64)

Identidad física del juez. La identidad física del juez, Artavia et al. (2016) la define como el principio que establece que solo podrá juzgar, quien, investido legalmente de los poderes de juez, haya estado en la audiencia donde se haya recibido la prueba que servirá de base para el dictado de la sentencia (p. 66). Esto significa que aun estando fuera del despacho en cuestión, la persona juzgadora conserva sus facultades para fallar el proceso.

Sobre esto, el Tribunal de Familia en el Voto 00974-2017, explica la obligatoriedad de que se respeten estos principios, bajo la pena de nulidad en caso contrario. Explica en el caso concreto, que se trata del proceso de Declaratoria Judicial de Abandono de Menor de Edad, proceso inspirado en el sistema procesal de oralidad, de conformidad con el artículo 114 inciso b del Código de Niñez y Adolescencia, en lo que interesa observa que: "En los procesos y procedimientos en que se discutan los derechos de personas menores de edad, el Estado les garantizará: b) Publicidad: todo proceso que se practique en virtud de la aplicación de este Código deberá ser oral y público" (art.114). Explica el Tribunal:

> Por las anteriores razones, por respeto al debido proceso legal y al derecho de defensa de la demandada apelante, al haberse violentado una garantía constitucional como lo es el debido proceso legal a que tienen derecho las dos partes del proceso, y sin que pueda subsanarse esos errores que se dieron al recabar la prueba en la audiencia sin respetar los principios del

> proceso oral, según el cual al menos la parte dispositiva de la sentencia debió ser dictada en la misma audiencia, sino al menos que fuese la misma Jueza que recibió la prueba quien redactara la sentencia, lo que no ocurrió en la sentencia recurrida. Por consiguiente, por las omisiones e incongruencias en que se incurrió, que no pueden ser subsanadas en segunda instancia, se debe proceder anulando la sentencia impugnada y disponer como se hace que sea la Jueza Vindas Calderón quien dicte la sentencia, salvo que alguna razón legal o material lo impida, en cuyo caso deberá realizarse nuevamente la audiencia, a efecto de cumplir con los requerimientos que exige el proceso oral. (Tribunal de Familia, Voto 00974-2017, 02 de noviembre 2017)

Publicidad. La publicidad es un elemento que va unido a la oralidad. Arguedas sostiene que el principio de oralidad se trata de un principio técnico, en el que el beneficiado de su aplicación sería el proceso, y no un principio político o filosófico, como sí es el caso en el Derecho Penal, en el que es utilizado no como un mecanismo para garantizar celeridad del proceso, sino como un medio de control a las personas juzgadores, por medio del pueblo.

> El principio de la oralidad, según el decir de Chiovenda, funciona como principio técnico en el proceso civil. Ocurre cosa distinta en el proceso penal, en el que se presenta como un principio filosófico. Esto significa que en este es la sociedad a quién le interesa la oralidad unida desde luego a la publicidad, para actuar como una fiscalizadora de la labor de los jueces; en cambio, como principio técnico, significa que es a los procesalistas a quienes les interesa que haya oralidad en el proceso, aunque vaya unido al de publicidad. (Arguedas, 2013, p. 25)

Además, sobre la procedencia de la oralidad, manifiesta que "para determinar si la oralidad es la forma adecuada, debe tomarse en cuenta la relación entre las partes y el juez, y la relación de estos con la sociedad" (ídem, p. 43). Esto quiere decir que, para aplicar este principio de la oralidad, debe tomarse en cuenta tanto la voluntad de las partes como la relación que "el público" con el conflicto. En el caso de la materia, se optó por un proceso oral, totalmente privado, lo cual tiene su fundamento en el Artículo 4 de esta ley.

Sobre este último punto en concreto, el legislador tomó la decisión de atribuir al derecho de familia el grado de privacidad. Esto de conformidad al artículo 121 del Código que establece que: "Toda audiencia judicial será privada sin perjuicio de la presencia de personas ajenas al

proceso cuando la autoridad judicial lo autorice con la necesaria anuencia de las partes, siempre y cuando esa presencia tenga una finalidad académica o de colaboración" (art. 121). Lo que parece ser fundamentalmente para proteger la intimidad que supone los conflictos familiares.

Principios de la Reforma Procesal de Familia

Para Artavia y Picado (2016), los principios es el punto de partida, el mandamiento a seguir, y el punto básico de interpretación para que exista coherencia en el sistema. Definen principios como "aquellas premisas máximas o ideas fundamentales que sirven como columnas vertebrales de todas las instituciones del derecho procesal" (p. 55). Por ello, para esta investigación, resulta necesario explicar el fundamento y la aplicación de estos principios, por lo cual es posible arribar a mejores resultados. No solo desde la perspectiva teórica, sino del que un análisis de procedimientos requiere.

Si bien se han tratado algunos de los principios que recoge este nuevo Código, existen aún otros que consideró el legislador debía contener la norma. Así, con el propósito de ahondar en la visión que se estableció en este nuevo código, se consideró necesario resaltar, al menos de forma rápida, cuáles son estos principios. los cuales se pueden dividir los siguientes: Principios Generales del Derecho de Familia, y Principios Propios del Derecho Procesal de Familia.

Principios Generales del Derecho Procesal de Familia

Dentro de los principios generales del derecho procesal de familia se enlistan, el fácil acceso a la justicia, impulso de oficio, celeridad, buena fe, economía y equilibrio procesal. Lo anterior de conformidad al artículo 5 del CPF.

Fácil acceso a la justicia. Este principio, además de lo dispuesto en el citado artículo, se desarrolla de forma más clara en el artículo 8 del Código.

> En todo procedimiento familiar se deberá garantizar que las personas menores de edad, las personas con discapacidad y otras poblaciones vulneradas tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas, mediante ajustes de procedimiento adecuados a la edad, a las capacidades y las condiciones de vulnerabilidad, formas alternativas de comunicación, incluidas la interpretación en lesco y lenguas indígenas, según se presenten, para facilitar el desempeño de personas sordas y personas indígenas, y

> otras, como participaciones directas e indirectas, incluida la declaración como testigos en todos los procedimientos judiciales, en todas las etapas del proceso. (art. 8)

El principio de acceso a la justicia, a diferencia de otras legislaciones, en Costa Rica se encuentra prevista desde la Constitución. Esto en el artículo 41 donde establece que "todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". Sin embargo, ha sido la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, la que se ha encargado de establecer los alcances de esta figura. Al respecto, la Sala Constitucional ha estimado lo siguiente:

> Por otra parte, la jurisprudencia internacional ha considerado que el derecho de acceso a la justicia está sostenido por la existencia de obligaciones positivas del Estado en materia de derechos humanos, destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares. (Sala Constitucional, Voto 21039-2010, 21 de diciembre 2010)

El Código establece desde los deberes de quien administra justicia que deben resolver cada uno de los asuntos que se le presentan a su conocimiento, motivando las resoluciones judiciales en concordancia con el cuadro fáctico que se le presenta. Por lo tanto, cada una de las pretensiones, por más sinsentido jurídico que parezca, debe ser considerada mediante los mecanismos legales disponibles para ser resuelta, resaltando así el deber de las personas juzgadores de mantener un rol activo, y garantizar también un debido proceso.

Impulso procesal de oficio. Este principio hace referencia a la obligatoriedad de los tribunales, de una vez iniciado el proceso, dispongan todas las medidas necesarias para que el proceso continúe. Artavia et al.(2016) lo desarrollan, indicando que una omisión del despacho no puede ocasionar que se decrete la caducidad del proceso, sino que siempre que sea posible propulsar el proceso, es el despacho el obligado a realizarlo:

> Una de las principales manifestaciones del principio de oficiosidad es el impulso procesal de oficio, que es un deber para el juez de mantener en movimiento el proceso. Decimos que es un deber del juez pues independientemente de la actividad de las partes, corresponde al

> poder realizar todos aquellos actos tendientes a la finalización del proceso y solo como situación irregular se comprende un proceso detenido paralizado, de igual manera, que carece de sentido una procesión que no avanza siempre que el acto procesal subsiguiente pueda y deba ser ordenado por el juez no puede obligarse o sancionarse a la parte por sumisión o negligencia; por el contrario, la caducidad de la instancia no puede decretarse en esas condiciones, pues este es un modo normal de la terminación del proceso siendo el normal la sentencia acto que en excusablemente debe provenir del juez sin necesidad de solicitud expresa. (p. 80)

Buena fe. Para Artavia et al. (2016), la buena fe procesal es vista por un sector de la doctrina como una norma moral, no como un principio dentro del derecho. Lo explican de la siguiente forma:

> Consiste en el deber de ser veraces coma de no actuar de forma vejatoria o excesiva en perjuicio de una parte coma de proceder con buena fe de todos cuantos intervienen en el proceso jueces partes peritos testigos etcétera. A fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad o bien se define como el conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos del proceso al poner en movimiento a toda la maquinaria jurisdiccional sin una causa lícita o fraudulento se está afectando el orden público porque el juez como funcionario tiene como misión dirimir conflictos por tanto se vería en la obligación de dar sanciona los actos conductas y acuerdos contrarios a la ley o lo que él mismo cometido en fraude procesal. (p. 80)

Celeridad y economía procesal. Estos dos principios van de la mano, por un lado, y como se citaba anteriormente, existe la máxima de la justicia pronta y cumplida, la cual en ocasiones parece una utopía que pueda ser cumplido, sin embargo, es claro que un proceso más rápido tendrá un impacto de por sí, en los recursos destinados a atender determinado proceso.

En este caso, se encuentra un ejemplo de esto expresamente en el Código “Al aplicarse esta normativa procesal… se interpretarán siempre tomando en cuenta el interés de la persona beneficiaria y el principio de la responsabilidad de cumplimiento de la obligación alimentaria, además de los principios de celeridad, informalidad, sencillez, oficiosidad y sumariedad” (art. 258). Esto conllevará a que las partes se enfrenten al proceso sin la necesidad de hacer gastos más lo que

son estrictamente necesarios para continuar con el proceso, lo que naturalmente debe ir en avance con la tecnología y los derechos tutelados.

Equilibrio procesal. El equilibrio procesal fundamentalmente es expuesto en esta norma, como una atribución a la persona juzgadora, y su deber de mantener un control en el ejercicio de todas las personas dentro del proceso. Además de una forma de equiparar a las partes en cuanto a las diferentes posiciones que tienen las partes del proceso. Es decir, la persona juzgadora debe ejercer este rol, otorgando, mediante los mecanismos legales expuestos, que las personas que son parte del proceso tengan la misma tutela de sus derechos, y a todos se le garantice el acceso a la justicia.

Al respecto, dicho Código establece que:

> Son deberes de quienes administran justicia: 1) Conducir el proceso manteniendo el equilibrio procesal; sancionar el fraude procesal e imponer las medidas de saneamiento para evitar la indefensión de las partes. 2) Dictar las medidas de protección necesarias para evitar la violación de los derechos de las personas en estado de vulnerabilidad, tales como personas menores de edad, con discapacidad, adultos mayores, personas en situación de riesgo de violencia intrafamiliar o en desbalance de poder u otros, todo de conformidad con los principios que engloban el debido proceso y los demás enunciados en las normas preliminares de este Código. (Art. 31, Código Procesal de Familia, 2020)

Principios Propios del Derecho Procesal de Familia

Además de los anteriormente mencionados, de la redacción del Código se extraen otros principios que son considerados como Principios Propios del Derecho Procesal de Familia, estos son: equilibrio entre las partes, tutela de la realidad, ausencia de contención, solución integral, abordaje interdisciplinario, búsqueda de equidad y equilibrio familiar, el mejor interés, protección integral, accesibilidad, igualdad procesal, participación e intervenciones especiales y progresivas, preclusión flexible e inestimabilidad de las pretensiones.

Tutela de la realidad. Sobre este principio se establece el artículo 316 del Código Procesal de Familia que busca explicar las situaciones donde debe aplicarse. Este establece lo siguiente:

> Cuando alguna de las partes pretenda la ejecución de una sentencia, acuerdo o resolución, que trate sobre el cuido personal de una persona en condición de vulnerabilidad, de un sistema de interrelación familiar o de la administración de bienes, y haya transcurrido un tiempo prologando sin que se hubiera ejecutado, la autoridad judicial se abstendrá de ejecutarla en aquellos casos en que la realidad haga evidente que se ha consolidado una situación diferente de la que se pretende ejecutar y esta beneficia a la persona en la referida condición. En este supuesto, la autoridad judicial remitirá a las partes a la vía de modificación de fallo y sin perjuicio del disfrute del monto de pensión alimentaria vigente. (art. 316)

Además, "Cuando se ofrezca prueba con el recurso o en los agravios de quienes no han recurrido, su admisión será restrictiva a las que sean necesarias para una solución acorde con la tutela de la realidad" (art. 102). Por lo que de su lectura se extrae que lo que busca el legislador es que sea prioritario el análisis de la situación actual del conflicto y no lo que en los autos o en una misma sentencia se establezca.

Ausencia de contención. Este principio va de la mano con otros principios ya anteriormente expuestos, como la conciliación, y este como muchos otros, se encuentran ya desarrolladas algunas ideas desde larga data por la jurisprudencia. Sobre este en concreto, se explica lo siguiente:

> Principio de preferencia de la descontención: Ya en la vía judicial la visión contenciosa ha de ser la última opción, cuando no sea la única o la óptima. Incluso en el contencioso se apunta a un debate moderado y constructivo que tienda a actuaciones responsables, y no a buscar vencedores ni vencidos. (Tribunal de Familia, Voto 1057-2005, 20 de julio 2005)

Para Benavides (2020), este principio se debe entender desde dos perspectivas; la primera en el entendimiento del proceso de familia como una especia de ultima ratio, en la que las partes deben ejercitar sus habilidades para encontrar una solución al conflicto sin deber de acudir ante los tribunales para que sea un tercero el que lo haga; y la segunda, presente en los casos en los que ya no fue posible de forma autocompositiva resolver sus diferencias, y el conflicto deba ser resuelto en la vía judicial, esta debe ser menos adversarial que las demás jurisdicciones. Es decir, se debe intentar procurar un clima de conciliación con la mira siempre en la solución del conflicto. Esto, además de ser una competencia clara de las personas juzgadoras en la materia, también debe ser

una misiva para los litigantes y todas las partes del proceso. Al respecto lo explica de la siguiente forma:

> Debemos entender este principio, al menos en 2 sentidos. El primer sentido es con la preferencia de soluciones negociadas. De esta manera el artículo 9 establece una audiencia previa de conciliación como regla, salvo aquellos casos en que haya situaciones desiguales de poder. El segundo sentido del principio de ausencia de contención lo vemos en la última frase del inciso 8 del numeral 31, cuando manda la persona juzgadora a buscar que las partes no generen mayor intensidad en el conflicto. Igual se manifiesta el principio en el artículo 62 cuando dispone en las audiencias judiciales será obligatorio utilizar el lenguaje sencillo claro informal y de fácil entendimiento evitando el lenguaje adversarial punto igual el artículo 224 párrafo tercero: la autoridad judicial invitar a las partes a conciliar evitará el lenguaje adversarial y solicitar a mantener una conducta respetuosa y conciliadora, evitando discusiones acerca de los hechos que motivaron el conflicto. (Benavides, 2020, p 58)

Solución integral. Este principio hace referencia a la concepción del conflicto como uno solo, y no diferentes conflictos dentro de la familia. Esto, por ejemplo, en un proceso de divorcio, el cual no es ajeno al conflicto en los alimentos, o al conflicto en la guarda del menor que puedan surgir. Ya que el conflicto que origina los demás procesos va a ser el mismo, y tiene que ser enfocado por los tribunales como uno solo, para enfocar todos los esfuerzos en la solución de este.

De igual forma, se observa en la jurisprudencia nacional como se ha empezado a desarrollar ya hace muchos años, indicando que: “Principio del abordaje integral: No resulta razonable que sea posible plantear un sinnúmero de juicios para hacerle la vida imposible al otro, y para guerrear. El conflicto ha de abordar íntegro de una manera constructiva” (Tribunal de Familia, Voto 1057-2005, 20 de julio 2005).

En la nueva norma procesal, se observa un claro ejemplo con la implementación de lo que el legislador llamó competencia ampliada y conocimiento concentrado. Esto se establece en el artículo 13 y 14 del Código que establecen lo siguiente:

> Artículo 13. Deber de las partes de informar sobre otros procesos. Al presentarse cualquier tipo de proceso o al contestarse este, las partes tienen el deber de informar al despacho acerca de la existencia de cualquier otro litigio en el cual se discutan pretensiones sobre las

> relaciones familiares en que intervienen las mismas partes. Deben indicar el órgano jurisdiccional o administrativo en que se encuentre y los datos necesarios para su identificación. Esta obligación subsiste en cualquier estado del proceso. Artículo 14. Conocimiento concentrado. La autoridad judicial que conozca de un proceso resolutivo familiar, acerca de algún asunto en que están involucradas las mismas partes, podrá conocer de todos aquellos litigios en los cuales se estén debatiendo pretensiones sobre esa misma situación familiar, incluidos los derechos alimentarios; salvo lo referido a procesos de protección cautelar y otros procesos especiales. El proceso resolutivo familiar relacionado con la separación judicial, el divorcio, la nulidad del matrimonio o el reconocimiento de la unión de hecho atraerá a los demás procesos resolutivos referidos a pretensiones patrimoniales y personales de las mismas partes.

Basado en lo anterior, queda claro que esta figura pretende que el conflicto sea conocido por un único juez o jueza, y no se presente la situación actual, en la que el conflicto es conocido por diferentes juzgados del país, dependiendo de la competencia establecida, por consiguiente, el conflicto siempre es abordado bajo diferentes criterios; esto, además de una multiplicidad de prueba que siempre va a ser para probar los mismos hechos, pues el conflicto siempre es el mismo.

Abordaje interdisciplinario. El principio de abordaje interdisciplinario reconoce la necesidad de que el conflicto sea abordado por distintos profesionales especializados en la solución de este tipo de problemas, y que no sea la persona juzgadora quien se encargue de entrar en campos que probamente no domine. Sobre este desde hace muchos años ha surgido la necesidad, sin embargo, no ha sido eficiente la respuesta de la administración en ese sentido. Pues los problemas presupuestarios han dificultado la creación de mayores plazas para estos profesionales, lo que conlleva a que no se vean resueltos en el tiempo adecuado las peticiones.

El mejor interés. El *interés superior del niño*, quizá se trata de la máxima más conocida en esta materia. Muchas veces utilizado sin contexto y sin la verdadera intención de generar el mejor beneficio a la persona menor de edad. Ha sido más una muletilla para adornar pretensiones que no guardan relación con el fin del principio. Sin embargo, pese a que existe esta concepción, de que se trata de una idea indeterminada, la labor del Comité de los Derecho del Niño ha sido establecer claramente los alcances de este principio.

Con respecto a esto, se establece que:

El Comité subraya que *el interés superior del niño* es un concepto triple:

> c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales
>
> Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. (Observación General, número 14, Comité de Derechos del Niño)

Si bien, por el objeto de la presente investigación, es necesario ahondar en este tema de forma basta, por el momento lo anterior basta para contextualizar un principio que se establece el Código Procesal de Familia, teniendo claro, como se explica, que se trata de un concepto triple, que además de un principio de derecho sustantivo, un principio jurídico de interpretación es un principio que debe ser aplicado a las normas de procedimientos también.

Protección integral y accesibilidad. El principio de protección integral encuentra su fundamento en el artículo 51 de la Constitución Política, según narra Benavides (2020), este hace referencia al deber del estado de brindar protección a todos los miembros de la familia de forma integral.

Por otra parte, el principio de accesibilidad "tiene por objeto eliminar los obstáculos que dificultan a las personas con discapacidad el goce de sus derechos" (ídem, p.61). Estos dos principios, se ven claramente en el artículo 155 de la norma, donde se establece la potestad por parte del Tribunal de incorporar prueba al proceso, en el inicio o durante de la audiencia respectiva.

> Potestad del tribunal en la introducción de prueba en el proceso. En todo proceso, ya sea al inicio de este o durante la audiencia respectiva, la autoridad judicial tendrá potestad de hacer llegar prueba no ofrecida por las partes o aquella que sea necesaria para demostrar hechos

> sugeridos por las partes e intervinientes que no ha sido posible demostrar con las ofrecidas inicialmente. La persona juzgadora deberá fundamentar su decisión tomando en cuenta principios de imparcialidad, razonabilidad, proporcionalidad, experiencia, solución integral, vulnerabilidad, protección y accesibilidad, así como para evitar los fraudes procesales. (Artículo 155, Código Procesal de Familia)

Igualdad procesal. Para Artavia et al. (2016) la igualdad significa paridad de oportunidades, herramientas y de audiencia. Es decir que este principio regula la actividad de las partes en el proceso, y a la función que debe realizar la persona juzgadora para evitar cualquier tipo de desigualdad. Así define el principio de igualdad Calsamiglia, citado por Escobar (2015);

> El principio de igualdad establece que se debe tratar con igualdad todo el proceso, las normas procesales para las partes, evitando discriminaciones y tratos con diferencia "El principio de igualdad formal supone el tratamiento igual de lo que es igual y desigual de lo que es desigual" (p. 40).

En ese mismo sentido la jurisprudencia constitucional, ha mantenido el criterio de que lo que existe es una misma posibilidad de alegar, probar e impugnar, pero esto no implica que debe existir una identidad entre las facultades de las partes.

> El principio de igualdad ... no tiene un carácter absoluto, ya que no garantiza un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que no se haga diferencia entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, y no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales; en otras palabras, lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política no concede propiamente un derecho para que funcionarios o empleados que se encuentren en dos o más categorías distintas sean equiparados unos con otros, en razón de que exista una aparente similitud en sus funciones o un grupo coadyuve con otro para la consecución de sus labores."(sentencia N° 3625-94). En cuanto al principio de igualdad procesal, la Sala en la misma sentencia indicó: "El principio de igualdad procesal lo que realmente implica es que ambas partes tengan las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Pero este principio no implica, necesariamente, que en todo momento haya de existir una correlación o identidad absoluta entre las facultades de las partes (...)." La norma otorga el mismo trato a todos los que se encuentren

> en el mismo supuesto (proceso disciplinario sin pretensión pecuniaria), sin establecer situaciones de excepción o de privilegio." (en el mismo sentido ver sentencias número 2004-11071, 2004-12404)" (Sala Constitucional, Voto 14786-2010, 01 de setiembre 2010)

La actividad de la persona juzgadora requiere adoptar las medidas necesarias para garantizar que exista igualdad de oportunidades dentro del proceso para todas las personas. Evitando que el mero hecho de su posición o privilegio represente en el proceso, una ventaja frente a la otra. Este principio también es llamado principio bilateralidad o contradictorio, sin embargo, en el Código se busca evitar este tipo de términos y no se hace referencia.

Participación e intervenciones especiales y progresivas. Este principio hace referencia a la partición que se le otorga a la persona menor de edad dentro del proceso, que es progresiva y atiende a las necesidades de todas las personas. Esto se puede observar en el artículo 41 del Código Procesal de Familia, donde se indica que las personas mayores de doce años gozan de plena capacidad procesal para los procesos establecidos en el Código. Además de que, en caso de personas menores de doce años, se habal de una atribución de la persona juzgadora, mediante un informe psicológico, que pueda permitirles accionar de forma personal. Este principio, al ser unos de los objetos de la presente investigación, será desarrollado de forma amplia posteriormente.

Preclusión flexible. Gandulfo (2009), sobre la preclusión, sostiene lo siguiente:

> Todas las versiones de la preclusión tienen que ver con la necesidad de velar por la disposición con que se presentan los actos y resoluciones en el proceso, tanto desde el punto de vista cronológico (p.ej., la presentación en cierto tiempo o la procedencia de un acto, luego de agotada una etapa) como pragmático-lógico (p.ej., la forma de interposición de un recurso de apelación con uno de nulidad o casación en la forma). Tal necesidad es tomada por el Derecho como un valor a lograr y proteger, que llamamos el "orden consecutivo del proceso". Esto es: - desde el punto de vista positivo, que unos actos deban ir primero que otros o junto a otros, y - desde el negativo, que otros posibles actos no se sucedan o no se den junto a otros (p.124)

Para Benavides (2020), el principio de preclusión flexible hace referencia a que la mayoría de los procesos, mantienen la posibilidad de ser modificados por un trámite posterior, esto en la

mayoría de los casos, es por cambio en la realidad de las circunstancias. Actualmente, es realizado por la vía incidental como un proceso de Modificación de Fallo.

Inestimabilidad de las pretensiones. Este principio, como muchos de los anteriores, también ha sido desarrollado hace ya mucho tiempo por medio de la jurisprudencia y a pesar de que existen muchos operadores del derecho, que no conocen el fin de la figura y siguen estableciendo una estimación en los procesos de familia, se ha establecido como regla y generalidad en la materia.

Al respecto, se puede citar el voto salvado de Benavides (2020), en la resolución 1057-2005 del Tribunal de Familia. Este sostiene que no resulta necesario la aplicación de la formalidad de estimar la demanda, ya que, siendo el objeto de la fijación de la cuantía, la delimitación de la competencia del tribunal y la limitación de antemano las pretensiones de las partes no tienen fundamento en un proceso de familia, por lo cual no deben ser aplicable:

De esta forma es muy importante que los tribunales de familia de este país se replanteen el criterio que se ha utilizado para considerar estimables los procesos sobre derecho de gananciales, por cuanto la estimación, la objeción y la fijación de la cuantía no cumplen con los objetivos que la ley establece y resulta irracional que las partes se enfrasquen en una discusión sin derrotero real dentro del esquema procesal familiar.

Autopostulación Procesal

Definición doctrinal y jurisprudencial

El principio de autopostulación, en la mayor parte de la doctrina internacional, se ve recogido dentro del principio de gratuidad propio del Derecho de Familia; sin embargo, en Costa Rica, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha desarrollado este principio de forma autónoma. Según Solís et al. (2009) la autopostulación es la posibilidad de que “los(as) particulares pudieran asumir la defensa de su propio caso prescindiendo de la figura de un(a) abogado(a)”.

Sobre este principio, el Tribunal de Familia lo ha definido de la siguiente forma:

> Al reconocerse el derecho que tiene toda persona a ser escuchada "con las debidas garantías", se debe que esto incluye el derecho a estar debidamente asesorado a lo largo de todo el proceso. El mundo jurídico por lo general resulta bastante ajeno al mundo cotidiano.

> No solo existe formas para formular las distintas gestiones, sino que el mismo lenguaje que se utiliza suele ser técnico. Por más informal que se quiera construir un sistema procesal, siempre habrá cuestiones que el común de la gente no conoce, y si algo conoce, no domina. El ciudadano ordinario no tiene por qué conocer esas formas ni ese lenguaje, de manera tal que la garantía de sus derechos en el proceso se logra, precisamente, al contar con patrocinio letrado. Sobreentender Es cierto que en nuestro sistema judicial aún quedan algunos procedimientos en los que el legislador ha entendido que no es necesario contar con patrocinio letrado, lo cual se conoce en doctrina como "autopostulación procesal". Esta posibilidad, de dudosa constitucionalidad, se encuentra limitada, precisamente, a lo ya dicho: Que el ciudadano desee actuar sin patrocinio letrado. Pero cuando el ciudadano expresa que sí cuenta con asesoría profesional y que quiere hacer uso de su derecho a contar con ella durante el proceso, el Estado –actuando aquí por medio de los Jueces y Juezas de la República- tiene el deber de respetar ese derecho (Tribunal de Familia Materia Violencia Domestica, Voto 00038-2013, 22 de enero 2013)

En resumen, cuando se habla de la figura de la autopostulación, se entiende que es la posibilidad que se le otorga a las personas de presentarse al proceso judicial sin una representación letrada.

Actualidad del Principio de Autopostulación

Como se indicaba anteriormente, los procesos de familia son instruidos mediante el procedimiento contenido en el Código Procesal Civil (Ley 7130), derogado para los procesos Civiles, pero aún vigente para la tramitación de Procesos de Familia, según el artículo único de la Ley de vigencia transitoria (Ley 9621), hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia.

En esta norma, el Código Procesal Civil (Ley 7130), establece que toda actuación realizada dentro de los procesos contenidos en este Código requiere que se acompañe de una representación letrada que pueda autenticar las gestiones. También así en los procesos de Familia que se contemplan. En cuanto a la necesidad de que las partes se presenten al proceso con una representación letrada, el artículo 114 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

> Patrocinio letrado y ratificación. Todos los escritos, para surtir efectos procesales, deberán llevar firma de abogado que autentique la del petente. Si se omitiere ese requisito, el abogado deberá autenticarlo dentro del plazo de tres días, lo que hará en el tribunal y ante el secretario, quien dejará constancia de ese hecho, y de la hora y la fecha en las que se lleve a cabo. De no hacerlo así, la gestión será denegada. (art. 114)

Sin embargo, existen procesos que en la actualidad se han regido por el Principio de Autopostulación, por lo que se les es permitido a las partes iniciar el proceso, sin necesidad de que el escrito inicial sea autenticado por un abogado, así mismo presentarse a las audiencias establecidas para estos procesos, sin que sean acompañados por un(a) profesional en Derecho.

En este sentido un ejemplo claro de esto es el Proceso de Salvaguardia, en el cual, de conformidad con lo expuesto en el artículo 7 de la Ley Para La Promoción De La Autonomía Personal De Las Personas Con Discapacidad, la autenticación por parte de un abogado es un requisito dispensable.

> Solicitud de la salvaguardia. La gestión de solicitud de la salvaguardia, así como la revisión de esta, podrá ser verbal o escrita o por otro medio de comunicación, de conformidad con la definición que se establece en el artículo 2 de la presente ley y no requerirá autenticación, si el solicitante o la solicitante las presentara personalmente. (art. 7)

Otro ejemplo de la aplicación de esta figura en la actualidad es en los procesos contemplados en el artículo 151 del Código de Familia. El que en su momento establecía que los conflictos de autoridad parental serían resueltos mediante el proceso Sumario -además que predominaría lo que decidiera el padre- con la reforma del año 1990, se establece la posibilidad de acudir a instancias judiciales sin la necesidad de cumplir con las formalidades establecidas en el proceso, con la dispensa del acompañamiento de un profesional en derecho.

La mayor parte de estos procesos los conforman las Autorizaciones de Salidas del País, el artículo lo desarrolla de la siguiente forma.

> El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes la autoridad parental, sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos, el Tribunal oportunamente, aun sin las formalidades del proceso, y sin necesidad de que las

> partes acudan con un profesional de derecho. El tribunal decidirá tomando en cuenta el interés del menor. (Artículo 151, Código de Familia)

También en la materia de Violencia Doméstica rige el principio de autopostulación. Este se encuentra contenido en la Ley contra la Violencia Doméstica, en el que explica que "Las medidas podrán ser solicitadas por escrito o en forma verbal, con independencia de cualquier otro proceso, ya sea penal o de familia. La solicitud escrita solo requerirá autenticación cuando quien la formula no la presente personalmente" (art. 8). Lo que ya ha desarrollado la jurisprudencia nacional de la siguiente forma:

> En todo caso como según se deriva del ordinal 8 de la Ley contra la violencia doméstica, en esta materia rige el principio de autopostulación procesal, de forma tal que no es necesaria la dirección profesional para tramitar y resolver una solicitud de medidas de protección, es improcedente declarar la invalidez del fallo por el motivo aducido en el recurso (ver, en igual sentido, los votos 1037-02, de las 13:05 horas del 24 de julio de 2002; 565-03, de las 10 horas del 29 de abril de 2003; 1612-09, de las 11:50 horas del 27 de octubre de 2009; 1744-09, de las 8:10 horas del 23 de noviembre de 2009; 333-10, de las 10:30 horas del 2 de marzo de 2010; 814-11, de las 14:38 horas del 30 de junio de 2011 y 79-12, de las 14:50 horas del 14 de febrero de 2012). En consecuencia, acertó la señora jueza de primera instancia cuando argumentó que, en este tipo de asuntos, "(…) no se requiere asistencia letrada a las partes [sic], siendo que en la tramitación del proceso se ha observado el debido proceso establecido en la Ley contra la Violencia Doméstica, donde se le dio la oportunidad al obligado a cumplir las medidas de protección, de solicitar la audiencia que establece el artículo 12 de la citada ley, tal y como lo efectuó según manifestación que efectuó a folio 6. El señor [Nombre 002] siempre tuvo acceso al expediente para ejercer su defensa, y si era su deseo asistir a la audiencia con asistencia letrada, era un asunto propio de la autonomía de su voluntad." (Folios 31-32). En abono de lo indicado, es pertinente citar el voto n.º 722-00, de las 11:40 horas del 6 de julio de 2000, en el cual se acotó que "Sobre los argumentos expuestos por el recurrente, este Tribunal estima que no se le ha causado indefensión, pues (…) consta el acta de notificación de la resolución (…) en la que incluso se indicó claramente a las partes [sic] que, a la hora y fecha señalada para llevar a cabo la comparecencia, podía aportar las pruebas

> correspondientes. Es decir, en ningún momento se ha causado indefensión al apelante y por ello, todo argumento en ese sentido carece de fundamento. (…). Igualmente, la Ley contra la Violencia Doméstica no obliga a las partes [sic] a hacerse asesorar por un profesional en derecho, pues según la finalidad de la ley, existe la autopostulación procesal." En otras palabras, era de resorte exclusivo del recurrente haberse provisto de patrocinio letrado si así lo requería, en lugar de esperar hasta conocer el contenido del pronunciamiento final para, en función de lo resuelto, aducir que el Estado debió habérselo proporcionado. (Tribunal de Familia, Voto 491-2012, 20 de noviembre 2012)

Así también, y tal vez el proceso más grande que contempla la posibilidad de autopostulación procesal, se encuentra en los Procesos Alimentarios, esto de conformidad con lo expuesto en la Ley de Pensiones Alimentarias, en el que se indica que "Las gestiones con motivo de la aplicación de esta ley podrán ser verbales o escritas y no requerirán autenticación si el firmante las presentare personalmente, tanto en primera como en segunda instancia" (art. 12).

Cabe resaltar que el Tribunal de Familia, ha sostenido que cuando la demanda alimentaria no se tramita en la sede especializada, sino que se tramita como incidente dentro de un proceso de divorcio o de separación judicial, las partes sí requieren patrocinio letrado (Tribunal de Familia Votos 22-2000, 07 de enero 2000, 412-2008, 06 de marzo 2008).

En la legislación actual existe una figura que titula el Código Procesal Civil como "beneficio de pobreza" (art. 254). Este se establece cuando la persona no posea ingresos que no excedan la cantidad fijada por la Corte Plena, según el incremento en el costo de la vida y deberá ser revisada y actualizada periódicamente. Esta estimación no toma en cuenta la casa de habitación familiar, las acciones judiciales, los créditos de cobro difícil, las pensiones alimentarias, beneficios sociales, ni las herramientas, instrumentos indispensables para el ejercicio de la profesión u oficio de quien solicita.

Esta solicitud es tramitada por la vía incidental y solo es posible para determinados casos, en los que se le tendrá que dar traslado a la Procuraduría General de la República. Además, según se establece "Para los actos preparatorios de nombramiento de curador ad litem y beneficio de pobreza, será competente el juez del domicilio del representado o del pobre" (art. 29).

Sin embargo, como se ha descrito, esta figura no guarda mayor relación con la figura de la autopostulación, ya que no se trata de una dispensa del requisito de contar con asesoría, sino al respecto de distintos pagos o depósitos que deben realizar las partes para continuar con el proceso. Por lo que esta figura ha quedado en desuso a lo largo de los años debido al trámite tan engorroso que representa para las partes, y lo lento que puede ser en un proceso escrito obtener una respuesta oportuna en ese sentido. Por este motivo, en caso de que se dé la situación, muchas personas prefieren hacer la solicitud dentro del proceso y no acudir al proceso incidental para que sea formalmente declarado.

Es importante destacar que el Código Procesal Civil (Ley 7130), en el artículo 314 que relata sobre la audiencia de conciliación, establece que "para llevar a cabo la audiencia de conciliación será necesario que estén presentes las partes y sus abogados". Es decir, la participación de un patrocinio letrado no se limita a la autenticación de los escritos.

Proyecto de Ley

Parte del camino que tuvo que recorrer el Código bajo estudio para su aprobación, fueron las diversas oposiciones, entre ellas el tema del apremio corporal que representó fuertes discusiones en cuanto a su aprobación -que no se entrará a desarrollar pues no es el fin de la presente investigación- así como la implementación de una defensa pública que fuera en apoyo a la sociedad en caso de que se requiera de un patrocinio letrado para actuar.

Previo a analizar la forma en la que fue aprobada la reforma procesal de familia, más en específico sobre la aplicación del principio de autopostulación, es necesario analizar cuál era la situación que contemplaba el proyecto de ley en ese sentido.

En primer lugar, un aspecto que resulta totalmente distinto es que se proponía la creación de juzgados de asuntos sumarios de familia. Esto, según se expone en el artículo 16 del Proyecto, se explica de tal forma:

> Los Juzgados de Familia, que siempre actuarán en forma unipersonal, conocerán de todos los asuntos que competan a la jurisdicción de familia, salvo cuando en su territorio competencial se hayan creado juzgados de niñez y adolescencia, juzgados de pensiones alimentarias, juzgados de violencia doméstica, juzgados de asuntos sumarios de familia u otros juzgados de familia especializados. (art. 16)

Además, sobre la competencia de estos juzgados, dice el proyecto de ley en su artículo 17 que estos juzgados deberán conocer sobre los procesos resolutivos familiares que no produzcan cosa juzgada material, eso sí, con la excepción de la suspensión de la patria potestad.

> Los Juzgados de Asuntos Sumarios, que siempre actuarán en forma unipersonal, conocerán de: 1. Los procesos resolutivos familiares de cuya resolución final no produce cosa juzgada material, salvo la suspensión de Patria Potestad. 2. Los asuntos de petición unilateral, aun cuando surja posteriormente contención en el proceso. 3. Los demás asuntos que estipule la Ley. (art. 17)

Lo relevante de la creación de estos juzgados es que para los procesos que se tramitaran en esta sede, no será obligatorio el patrocinio letrado. Así lo establece el artículo 70 del Proyecto:

> No será obligatorio este patrocinio letrado en los siguientes casos: 1. Procesos resolutivos familiares de competencia del Juzgado de Asuntos Sumarios. 2. Procesos de petición unilateral. 3. Procesos de Pensiones Alimentarias. 4. Procesos de protección cautelar. 5. Procesos de ejecución de fallos de competencia del Juzgado de Asuntos Sumarios. (art. 70)

Sin embargo, y como se verá, esto no dista tanto de la versión aprobada por la Asamblea Legislativa, con excepción de los procesos de Suspensión de Responsabilidad Parental al que se le da un trato distinto, ya que esta propuesta también contiene la aplicación del principio de autopostulación como se ve, eso sí, de la mano de la creación de una sección especializada en la Defensa Publica que atienda los procesos de Familia:

> En todo proceso familiar, se requiera o no abogado(a) director(a) para actuar, las partes o intervinientes que no cuenten con los recursos económicos para contratar a un(a) abogado(a) director(a) particular, podrán solicitar un(a) profesional en derecho adscrito(a) a la oficina de Defensores Sociales Públicos del Poder Judicial. (art. 76)

Es decir, se presupuesta la misma posición con la que se realizan los procesos de Pensiones Alimentarias, en las que las partes pueden accionar de forma personal sin necesidad de ser representados por una abogado o abogada, pero también cuentan con la posibilidad de solicitar una persona defensora que le pueda asesorar y dirigir en el proceso.

Reforma Sobre la Autopostulación

Con la entrada en vigencia del Nuevo Código, el próximo octubre, se reforman los procesos actuales utilizados para tramitar las pretensiones de carácter familiar. La división de Ordinarios, Abreviados, Sumarios y Actividades Judiciales no Contenciosas, desaparecen, y toman su lugar, lo que el artículo 212 enlista como: Resolutivos Familiares, de Protección Cautelar, de Petición Unilateral, Resolutivos Especial, y de Ejecución de Resoluciones Familiares. Además de lo anterior, aparece una aplicación más exhaustiva de este principio en materia de Familia. Sobre este, el artículo 50 del Código Procesal de Familia establece que:

> Toda persona deberá comparecer al proceso con patrocinio letrado, excepto en los siguientes procesos: 1) Resolutivos familiares que no producen cosa juzgada material. 2) Petición unilateral. 3) Relativos a la materia de pensiones alimentarias. 4) Protección cautelar. 5) Ejecución de fallos de asuntos que no producen cosa juzgada material. (art. 212)

En cuanto a los procesos de Petición Unilateral, Protección Cautelar, tomando en consideración lo anteriormente expuesto, no hay ninguna variación alguna, pues en este momento existe la aplicación del principio de la autopostulación en ese sentido. Así, también, en el caso de los procesos relativos a la materia de pensiones alimentarias, los cuales, según el artículo 257, las pretensiones alimentarias derivadas de las relaciones familiares tendientes a la imposición y demás situaciones de la cuota de pensión alimentaria se tramitarán de acuerdo con las disposiciones del procedimiento especial, por lo que no existe algún cambio notable en ese sentido.

En lo que sí se observan diferencias en cuanto a la aplicación actual, es con respecto a los procesos Resolutivos Familiares. Según se enlista en el artículo 222, las pretensiones contenciosas que se conocen mediante este proceso son las relacionadas con los siguientes:

> 1). El vínculo matrimonial. 2) El reconocimiento de la unión de hecho. 3) La aplicación del régimen patrimonial del matrimonio y de la unión de hecho. 4) La filiación y la oposición de la adopción. 5) La oposición a la declaratoria de adaptabilidad en sede administrativa, regulada en el artículo 295 de este Código. 6) Los conflictos en el ejercicio de los atributos de la responsabilidad parental, incluidos los referidos al cuidado personal de hijas e hijos y modificaciones de sentencias sobre estas pretensiones. 7) La terminación con o sin fines de adopción y la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental. 8) La pérdida, con

> petición o no de adaptabilidad, y la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental. 9) La oposición válida y definida por la autoridad judicial a la solicitud de salvaguardia para la igualdad jurídica de personas con discapacidad. 10) Los reclamos de daños y perjuicios. 11) Cualquier otra que indique la ley. (art. 222)

Es decir, se trata del grueso de proceso actuales en los Tribunales que conocen de esta materia. Este procedimiento, si se realiza una analogía con el sistema actual, incorporaría los Procesos Ordinarios, Abreviados, Sumarios, Especiales de Filiación, hasta los tramitados por la vía incidental. Sin embargo, lo que establece la norma en cuanto a la posibilidad de apersonarse al proceso sin una representación letrada, es que solo se podrá hacerlo en los procesos que no produzcan cosa juzgada material.

Sobre la cosa juzgada material, advierte lo siguiente el Código.

> Carácter de cosa juzgada. La sentencia dictada en el proceso resolutivo familiar y cualquier otra resolución que indique la ley produce cosa juzgada material, salvo lo relativo a guarda, crianza y educación, la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental y la que resuelva el sistema de interrelación familiar o cualquier conflicto familiar que puedan ser modificados con posterioridad por el cambio de circunstancias en el ámbito familiar. (Artículo 89, Código Procesal de Familia, 2020)

Conforme lo explica el citado numeral, se puede tener claro que los procesos relativos a la guarda, crianza y educación, la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental, régimen de interrelación familiar, así como cualquiera de sus modificaciones, pueden ser proseguidos sin la necesidad de que las partes presenten una o un profesional en derecho que les pueda representar.

Queda claro que la implementación de esta figura traerá naturalmente un cambio sustancial consigo, ya que no se trata de una aplicación que pueda tener una injerencia menor, sino que, según lo dispuesto por el legislador, será en una parte importante de los procesos de familia donde se realizará. Teniendo claro que existe un cambio importante, es necesario realizar un análisis de previo, para entender si este cambio se fundamenta en una progresividad de derechos, y en la tesis de un Derecho más garantista y accesible, o por el contrario fue realizado sin un previo análisis y consenso entre las partes intervinientes, y sin las observaciones necesarias para que no resulte en un caos posterior a su implementación.

Acceso a La Justicia Como Parte Del Debido Proceso

Al respecto del debido proceso, resulta imperioso el criterio emitido por la Sala Constitucional en el voto 1739-1992, en el que se explica de forma amplia los alcances del concepto del debido proceso, y el que, si bien es enfocado al Proceso Penal, este resulta aplicable a cualquier proceso o hasta procedimiento. En este se sostiene que el debido proceso, siempre conllevará a un desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos, y este se manifiesta, en uno de sus aspectos, en el derecho general de justicia. Sobre este, el cual resulta de especial relevancia para la presente investigación, se resalta lo siguiente:

> Y pertenecen a los segundo -derecho de todos por igual a acceder a la justicia-, además del genérico derecho de petición del artículo 27 y del específico derecho a la justicia del artículo 41 de la Constitución ya citados, una serie de atributos complementarios -pero también fundamentales-, entre los cuales:
>
> (i) el derecho y principio generales de igualdad -y su contrapartida de no discriminación-, que recoge el artículo 33 de la Constitución, así como todos los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, por ejemplo los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, con la particularidad de que la dualidad de éstos demuestra que la igualdad, además de criterio de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, es ella misma un derecho fundamental, de modo que también se viola éste cuando se discrimina respecto de derechos no fundamentales; principio y derecho que, si bien no son incompatibles con ciertas distinciones razonables conforme a la máxima de "igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales"…
>
> (ii) en general, el acceso universal a la justicia para toda persona, indiferentemente de su sexo, edad, color, nacionalidad, origen o antecedentes, o cualquier otra condición social, todo lo cual plantea, a su vez, consecuencias que no es necesario examinar aquí por no estar implicadas directamente en el caso en consulta, como la gratuidad de la justicia, el informalismo, etc.;
>
> (iii) Finalmente, el derecho a que esa justicia se administre cumplida y prontamente. (Voto 1739-1992, Sala Constitucional)

De lo anterior, se destaca que el acceso a la justicia, de forma universal, sin importar su sexo, edad, color, nacionalidad, origen o cualquier otra condición social, es pieza clave de un debido proceso, por lo tanto, de un Estado Democrático de Derecho, como lo es Costa Rica. Además, que exista un Poder Judicial, que pueda ejercer estas funciones de forma independiente y con fuerza vinculante.

Al respecto del acceso a la justicia, se señala que:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (art. 8.1, Convención Americana sobre Derecho Humanos)

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión Consultiva, OC-16/99 manifestó que:

> En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no auto incriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional… Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales87 y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real

> obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

Y en las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables, se indica que:

> Capítulo II: "Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos. […] Sección Segunda: Asistencia legal y defensa pública. […] 2.- Asistencia de calidad, especializada y gratuita (30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia. (31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

Sobre este último apartado, es importante resaltar que el proceso alimentario, es el único de todos los procesos anteriormente vistos, en que la Ley establece una forma de representación letrada formalmente en los casos que no deseen o no puedan las personas enfrentar el proceso sin una o un abogado que los pueda asesorar. Y es con la creación de una sección especializada de la Defensa Pública. En cuanto a los procesos referentes a materia de violencia intrafamiliar, la Ley contempla que "el Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU) brindará el asesoramiento para cumplir ese fin y, además, les ofrecerá a las víctimas los servicios de acompañamiento, asesoramiento jurídico y representación legal necesarios para realizar los trámites contemplados en esta Ley" (artículo 17 Ley Contra la Violencia Domestica) sin embargo, no existe un desarrollo estatal como sí lo fue en materia alimentaria, donde existen personas defensoras especializadas en la materia:

> Con el fin de hacer valer los derechos aquí consignados, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el Estado se la suministre gratuitamente. Para este efecto, el Poder Judicial creará una sección

> especializada dentro del Departamento de Defensores Públicos. (art. 13, Ley de Pensiones Alimentarias, 1996)

En la mayoría de los procesos relativos a pretensiones familiares, como se explicaba anteriormente, no existe esta aplicación del principio de autopostulación, sino que es un requisito *sine qua non* que se presente su escrito autenticado por un profesional en derecho. Y tampoco existe un cumplimiento de lo establecido en el Código de Familia en cuanto al deber del Estado de brindar acompañamiento a jurídico a las personas que no puedan sufragar los gastos que implica la contratación de un representante legal. Esto de conformidad con el Código de Familia que establece: "Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a la ley" (art. 7).

Además, se encuentra también lo dispuesto en el artículo 114 del Código de la Niñez y Adolescencia, que dice que: "el Estado proporcionará a toda persona menor de edad la defensa técnica y la representación judicial gratuita". Por lo que resulta interesante que aun cuando exista norma de rango de Ley que establezca que el Estado debe garantizar a quienes no tengan los recursos para pagar asistencia legal, acceso a esta, además de las normas supra constitucionales ya expuestas, que no exista institución que se encargue de realizar esta labor. Esto ya lo ha reconocido la Sala Constitucional de la siguiente forma:

> Si bien es cierto que el artículo 7 del Código de Familia establece que "Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a ley." Sin embargo a pesar del tiempo transcurrido desde la promulgación de la ley, al día de hoy no se ha promulgado tan esperado cuerpo normativo de asistencia gratuita en materia familiar, actualmente son los Consultorios Jurídicos de las diversas universidades y el Patronato Nacional de la Infancia, quienes resuelven en parte la problemática, por el momento solo el proceso de Alimentos, prevé en forma expresa la intervención de defensores públicos por disponerlo así el artículo 13 de la Ley de Pensiones Alimentarias y el acuerdo 3- 97 de Corte Plena de 3 de febrero de 1997. (Sala Constitucional, Voto 21039-2010, 21 de diciembre 2010)

Desde el año en que se dicta la anterior resolución hasta el momento, no han variado las condiciones que se explican. Pues, desde la Administración no se ha procurado ninguna institución que logre poner en ejercicio la citada norma, y es en los Consultorios Jurídicos de las diferentes Universidades, la única forma en la que las personas que no poseen recursos económicos suficientes para soportar el pago a un(a) profesional en derecho, pueden alcanzar que un Tribunal conozca su pretensión.

Por lo que lo decidido por el legislador con la reforma fue prescindir de buscar como ejecutar una ley ya establecida en ese sentido, dando cuerpo a la norma y estableciendo una institución que pueda acompañar a las personas que no posean los recursos económicos suficientes para sufragar un gasto como los honorarios de un representante legal, y en lugar de esto, decidió abrir la posibilidad de procesos en los que se es permitido auto postularse. Sin embargo, esto puede resultar contrario a la finalidad.

Al respecto de lo anterior, sobre la norma que en este momento establece la obligatoriedad de que en los procesos de Familia -a excepción de los ya vistos- la Sala Constitucional ha dispuesto, de la siguiente forma:

> Interpretando la norma impugnada a la luz de estos principios, se concluye que efectivamente, la verdadera intención del legislador al exigir la autenticación del escrito de interposición del recurso de casación por un abogado radica en el interés, no de obstaculizar el acceso a la justicia o el derecho de defensa, sino en el de garantizar una defensa técnica -al menos 125 formalmente- al imputado. ... No obstante, es importante aclarar que estando en juego dos intereses: el de lograr la revisión de una sentencia condenatoria por parte de un superior y el de garantizar al imputado una efectiva defensa durante todo el proceso, no puede interpretarse el requisito de autenticación contenido en el artículo 477 citado, en forma tal que se haga nugatoria la garantía de éstos… Si bien la resolución transcrita hace referencia específica a una norma procesal penal, materia diferente y mucho más garantista que la civil, los principios allí establecidos resultan plenamente aplicables a la norma que nos ocupa. (Sala Constitucional, Voto 3495-94, 12 de julio de 1994.)

Según lo anteriormente expuesto, la Sala entiende que la obligatoriedad de que las partes presente sus escritos autenticados por un representante legal, no configura una obstaculización al acceso a la justicia o el derecho de defensa, sino que busca más bien, proteger a la persona mediante

una defensa técnica o, en el caso que nos ocupa, un representante legal que pueda defender los intereses de su representado, y así impida un mal ejercicio del estado de su poder-deber mediante los Tribunales de Justicia.

En cuanto a esta posibilidad que otorga la ley, ya existen posicionamientos de algún sector de la doctrina. Solís et al. (2002), defienden lo siguiente:

> En la práctica lo más conveniente no es que las partes no requieran asistencia legal, sino que el Estado la proporcione en forma gratuita y especializada. No es una ventaja que un proceso no requiera la asistencia de un(a) profesional en derecho para su tramitación, pues ello no es un resguardo contra las eventuales arbitrariedades de las autoridades judiciales ni de las actuaciones desleales de las partes. Tal como hemos afirmado en otras ocasiones, la verdadera ventaja consiste en que se tenga acceso a la asistencia letrada gratuita especializada tanto para la parte actora como para la parte accionada en cualquier tipo de proceso. (Chacón, 2008) Para sostener lo contrario, habría que encontrar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Es cierto que es una facilidad de la ley no requerir abogado (a) para solicitar la aplicación de una ley por medio de la cual se satisfarán derechos fundamentales? ¿No será más bien un obstáculo que impide la tutela judicial efectiva? ¿En el fondo no será que existe un menosprecio por la defensa de los Derechos Humanos de las personas que reciben alimentos y de las personas obligadas al pago de ellos? En una situación de la vida cotidiana, ¿de qué ha servido a la persona lesionada el no necesitar la asesoría de un(a) profesional en derecho? ¿De qué ha servido a las personas demandadas no contar con asesoría jurídica especializada? (Solís et al., 2002, p.165)

Esto, en el contexto de lo que significa la autopostulación para el Proceso de Fijación Alimentaria y sus derivados, se ve reforzado de la siguiente forma:

> En nuestro criterio, cuando el legislador contempló la posibilidad de plantear gestiones sin necesidad de asistencia letrada, se refería a diligencias simples, sencillas, como por ejemplo solicitar que la cuota alimentaria se rebaje del salario, pero no se refería a la autopostulación procesal, es decir, a que los(as) particulares pudieran asumir la defensa de su propio caso prescindiendo de la figura de un(a) abogado(a). Sin embargo, por norma no escrita –o por interpretación de un artículo (12) sin tomar en cuenta que el que le sigue inmediatamente (13) garantiza el derecho a la asistencia letrada-, siempre se ha considerado que en el

> proceso alimentario es posible que la persona no profesional en Derecho atienda su propio caso. (p. 82)

Capacidad Procesal de Personas Menores de Edad

Capacidad

Para Pérez (2016), la relevancia jurídica de la determinación que se le otorga a un sujeto de Derecho dentro de una legislación es la posición que posee este frente a otra clase de fenómenos jurídicos. Por lo que es en esta interacción de sujetos o figuras donde se encuentra su razón de la determinación. En cuanto a la capacidad, el autor la define de la siguiente forma:

> La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal, se aplicará la ley personal para decidir si el nacimiento determina la personalidad y si al concebido se le tiene por nacido para todo lo que sea favorable, así como para viabilidad y los efectos de la prioridad del nacimiento en el caso de los partos dobles o múltiples. (2016, p.23)

Continúa relatando que existen dos formas en las que se manifiesta la incapacidad, fundamentalmente las transitorias y las permanentes. Las transitorias hace referencias a la minoridad y ciertos tipos de demencia; y dentro de las permanentes el idiotismo y la sordomudez (p.23) y que estos inciden en la capacidad de actuar, mas no así sobre la capacidad jurídica. Además, sostiene que a pesar de que han existido intentos de unificar el concepto de estos dos por parte de la doctrina (capacidad jurídica y capacidad de actuar), se trata de un concepto con una diversidad radical, que requiere la separación de ambas.

Capacidad Jurídica. La capacidad jurídica se ha sentido como la aptitud que poseen las personas de adquirir derechos y contraer obligaciones, por el mero hecho de nacer. O como lo considera el Código Civil trescientos días antes del nacimiento. Para Pérez (2016), esta designa la posición general del sujeto en el mundo del Derecho (p.40), y no se apoya en particulares supuestos más que la mera existencia del sujeto como persona. Por lo que no requiere ninguna actividad por su parte. Por esto es por lo que habla que existe un carácter pasivo del sujeto, frente a las consecuencias jurídicas posibles (ídem, p. 39).

Se puede definir entonces la capacidad jurídica como la aptitud que poseen las personas de ser sujetos de obligaciones y derechos, la cual "es inherente a toda persona durante su existencia de modo general y absoluto" (Brenes, 1984, p.175).

El Código Civil contiene regulada la capacidad jurídica de la siguiente forma:

> La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o se limita, según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su capacidad legal; en las personas jurídicas, por la ley que las regula. (art. 36, Código Civil, 1888)

Capacidad de Actuar. Por otro lado, la capacidad de actuar se ve condicionada por un aspecto activo de la persona; no se trata de una aptitud originaria como sí lo es la capacidad jurídica, como lo explica el Código Civil, inherente a todas las personas durante su existencia. Esta es aquella que ostenta una persona para realizar actos que tengan relevancia jurídica.

Para Pérez (2016), la capacidad de actuar "designa la posición del sujeto en cuanto posible auto de figuras jurídicas primarias a las cuales la norma conecta objetivamente consecuencias jurídicas, se trata de una aptitud potencial" (p.53), el cual se trata de un presupuesto esencial para que la actividad de las personas pueda acarrear consecuencias jurídicas, es decir, que sea relevante para el Derecho. Para que una persona posea esta aptitud potencial, de acuerdo con la legislación actual, depende directamente de dos supuestos: el primero de ellos es la edad y el segundo es la salud mental.

Sobre el primero, este se trata de un hecho primordial para que se esté en presencia de un sujeto con capacidad de actuar. En la legislación costarricense, sobre lo referente a la edad, se consideran como personas mayores de edad a aquellas que hayan cumplido dieciocho años; y menores, a las que no han llegado a esa edad (art. 37, Código Civil). Sin embargo, este Código también establece, en su artículo 38, que las personas menores de quince años son incapaces para obligarse por actos o contratos que personalmente realicen, salvo los determinados específicamente por la ley.

Los actos o contratos que realice una persona mayor de quince años, pero menor de dieciocho años, acarrea nulidad, no obstante, esta es relativa. Es decir, puede ser convalidad de

forma expresa o tácita por este, con el transcurso de tiempo. Sobre esto, la Ley establece lo siguiente:

> Los actos o contratos que el mayor de quince años realice por sí mismo, siendo todavía menor, serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor cuando alcance la mayoridad, salvo: 2º- Si ejecutare o celebrare el acto o contrato diciéndose mayor y la parte con quien contrató tuviere motivo racional para admitir como cierta la afirmación. (art. 39, Código Civil, 1888)

Al respecto, Brenes (1925) sobre la edad como aspecto determinante para ostentar la capacidad de actuar, explica lo siguiente:

> Ha sido considerada como una de las dos formas de incapacidad en nuestro ordenamiento jurídico, Se encuentra dentro de la clasificación de la incapacidad de tipo transitoria, lo que afecta únicamente la capacidad de actuar y no la capacidad jurídica. (p. 76)

En los casos en que este supuesto falte, la persona menor de edad debe ser representada por alguno, -o ambos- que ejerciten la responsabilidad parental sobre esta. Ya que "el menor de edad no tiene capacidad de actuar, por esta razón se encuentra sometido a la representación legal que compete al padre que ejerce la patria potestad, o al tutor, por regla general" (Pérez, 2016, p. 58).

Al respecto, el Tribunal de Familia, ha desarrollado esta figura de representación de la siguiente forma.

> Dado que el menor en principio no tiene capacidad de actuar, requiere ser representado, y la ley asigna normalmente esa representación a los padres. El concepto de patria potestad y autoridad parental, ha ido evolucionando dentro de la doctrina de la Convención sobre los Derechos del Niño, concretamente alrededor del artículo 18, al concepto de la responsabilidad parental… paulatinamente, el niño va asumiendo la responsabilidad sobre su vida. En el caso de niños con capacidades especiales debe orientarse por lograr una vida plena y decente en condiciones que aseguren dignidad, permitan bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa en la comunidad (artículo 18 en relación con el 23 de la Convención) Esto en un contexto donde hay una reconceptualización del rol de los padres, y donde se requiere que los mismos tengan una mayor injerencia en virtud de los nuevos contextos sociales que se van dando en la actualidad. Dentro del peso del lenguaje la

> denominación de patria potestad nos remite a sus orígenes en el derecho romano, dentro de una estructura familiar organizada jerárquicamente y se enfatiza la dependencia absoluta del niño. Todo eso no tiene sentido en las circunstancias a las cuales se evoluciona, en estructuras familiares donde debe existir igualdad entre los progenitores y la finalidad o función es el interés superior del niño y su guianza hacia la autonomía. (Tribunal de Familia, Voto, 01157 – 2015, 15 de diciembre de 2015)

El segundo aspecto, y menos relevante para la presente investigación, es el del buen estado de salud mental. Sobre este, igualmente en sede familiar, se encuentra la figura de la Salvaguardia, que si bien con algunos cuestionamientos, entró a modificar el paradigma total de cómo se consideraba a la persona con discapacidad, totalmente anulada por las figuras que existían, como la de su curador. En este momento, la persona Garante, es considerada como un apoyo para garantizar una vida digna de la persona con discapacidad, más no la sustituye como en la antigüedad.

Capacidad Procesal. Según la doctrina, la capacidad procesal se trata de una extensión de la capacidad jurídica, y esta hace referencia a la a la determinación de quien puede ser parte del proceso en general:

> La capacidad jurídica consiste en un atributo que concede el ordenamiento a los sujetos – personas físicas y jurídicas- a partir del reconocimiento de su existencia, conforme a los términos definidos en los artículos 31 y 33 del Código Civil. La doctrina procesal es conteste en señalar que la capacidad procesal es una derivación de la capacidad jurídica, que a su vez figura como un presupuesto de forma que determina la validez del proceso. Ahí radica su importancia. Es el artículo 102 del Código Procesal Civil el que regula lo relativo a la capacidad procesal. De acuerdo a su texto, gozan de ella quienes estén en el libre ejercicio de sus derechos, pues de lo contrario deben intervenir en los litigios por medio de representante. Para el caso de las personas jurídicas, continúa la norma, su actuación a nivel procesal se concreta por medio de sus representantes. Cuando jurídica o físicamente deja de existir un sujeto que interviene en un litigio, surge el fenómeno de la sucesión procesal. Tal es el caso del curador ante la muerte de una persona física, o de liquidación de una persona jurídica. (Sala Primera, Voto 01025 – 2012, 01 de setiembre de 2012)

De forma más clara, Artavia et al. (2016) lo explican de la siguiente forma:

> Podemos concluir, diciendo que toda persona física por el solo hecho de serlo, y aun antes de nacer -art. 19.1.2 NCPC- y hasta su muerte, goza de capacidad de ser parte -capacidad jurídica- pues desde entonces es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Esa cualidad es inherente a la persona humana y por tanto inmodificable e inalterable, la capacidad jurídica -y con ella capacidad jurídica procesal que es derivación de ella- la tiene todo hombre, comienza en su personalidad y acaba con ella; pero solo tiene capacidad de actuar procesal la persona sea física o jurídica que se encuentre legalmente habilitada para realizar en sí mismo actos procesales válidos, sea demandado por si o siendo demandado; es decir, la posibilidad de poner en movimiento el mecanismo normativo por acto propio. (Artavia et al., 2016, p.7)

Capacidad Progresiva. El concepto de capacidad progresiva de las personas menores de edad hace referencia a la idea que defiende que conforme crezcan las personas menores de edad en su desarrollo así también, debe aumentar sus responsabilidades, por lo tanto, se debe otorgar un reconocimiento mayor de sus derechos, y así otorgarle, de forma progresiva mayor capacidad de ejercerlos, según la evolución de sus facultades.

> Esto significa que los niños, niñas y adolescentes son responsables de sus actos a medida que van adquiriendo madurez y en consecuencia si un adolescente tiene la suficiente madurez para tomar una decisión sobre su vida, también lo es para asumir los errores, riesgos y deberes que aquella decisión le puede traer aparejado (Gómez, 2018, p. 120)

Por lo tanto, con mayor edad, grado de madurez y experiencia, así también debe incrementar el nivel de autodeterminación y de autonomía de la voluntad. Por el contrario, la responsabilidad del padre, madre o encargado irá disminuyendo conforme el transcurso del tiempo. A mayor posibilidad del ejercicio de sus derechos la persona menor de edad, menor injerencia de sus padres en la toma de decisiones y apoyos en ese sentido.

La Convención Sobre los Derechos del Niño (sic) reconoce este principio:

> Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de

> impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención (art. 15, Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989)

Desarrollo de la Capacidad Procesal de las Personas Menores de Edad

Reseña histórica de los derechos de las personas menores de edad. Para conocer las primeras ideas desarrolladas en cuanto a promulgación de los derechos de las personas menores de edad, es necesario remontarse hasta el año 1924 con la Declaración de Ginebra Sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1959. En la que se ha reconocido la especial necesidad de que las personas menores de edad deben tener una tutela de mayor protección, lo que se sostiene de igual forma en la Declaración Universal de Derechos Humano (Artículo 25), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (artículos 23 y 24), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10).

Pese a que existe reconocimiento de esta tutela especial que requieren las personas menores de edad desde bastos instrumentos internacionales de promulgación de derechos, no se ha visto reflejada en la realidad de los niños y las niñas, ni existe en la historia una política dirigida en ese sentido. En cuanto al desarrollo de los derechos de esta población, se ha entendido que "han tenido un escaso valor histórico, como reconocen De Mause (1994) y Delgado (1998); dimensión que se transforma por la conquista internacional de la Convención de los Derechos del Niño" (Picornell, 2019, p. 1178).

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1989, rompe el paradigma que ha significado la posición de los niños, niñas y adolescentes frente a la sociedad, pasando de ser objetos de protección a ser considerados como personas que poseen derechos y obligaciones. La diferencia es que no se trató de solo un discurso moral, sino que se emprendieron acciones jurídicas, ya que con ella ser promulgaron distintos tratados, protocolos, y acuerdos internaciones relacionados con el bienestar de la infancia y adolescencia, que fueron asumidos por los gobiernos. Claro reflejo de esto es que a la fecha el único país que no ha ratificado esta convención es Estados Unidos, siendo este el instrumento jurídico internacional de derecho humanos más ratificado.

Según Villegas (2018), una de las situaciones que marcó un antes y un después en cuanto a reconocimiento de derechos de las personas menores de edad es que se elimina la doctrina de la

situación irregular, y cambia su visión a una doctrina de protección integral; este cambio de paradigma se basa fundamentalmente en tres principios: la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho de éste a ser oído.

Tal y como menciona este autor, la doctrina de la situación irregular consideraba a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección, pues no se consideraba que tuvieran la capacidad suficiente para ser sujetos de derechos. Se contaba con dos tipos de personas menores de edad, los niños y niñas, que tenían una familia y las condiciones "normales", y los "menores", que eran quienes no tenían satisfechas sus necesidades, incluyendo entre ellas cualquier situación, ya sea que no tuviera una familia, que estuviera en calle, que cometiera un delito o estuviera en cualquier situación de riesgo social. A partir de ello, se aplicaba una concepción paternalista, donde el juez Tutelar de Menores actuaba como un "buen padre de familia", indiscriminadamente, independientemente de la situación que se tratara, sin aplicar ninguna garantía procesal a los niños y niñas (Villegas, 2018).

A partir de la Convención de los Derechos del Niño, con la doctrina de la protección integral, se reconoce a las personas menores de edad como titulares de derechos y obligaciones (Villegas, 2018)., se les reconoce que son seres humanos en desarrollo, con capacidad progresiva para actuar, dependiendo de su edad y su madurez, pero también con derecho a estar informados y a emitir su opinión, la cual se tomará en cuenta dependiendo de su madurez (ídem).

Principios. Según se establece en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, existen cuatro principios rectores que resaltan en materia de niñez y adolescencia, estos son: la protección contra la discriminación (artículo 2), la atención al interés superior del niño (artículo 3.1), la defensa del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6) y el derecho del niño y la niña a ser escuchado o escuchada (artículo 12).

Principio de no discriminación. La CDN establece que los Estados parte deberán aplicar los enunciados en la convención a cada niño y niña sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna entre raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o la niña, además de la de sus padres o de sus representantes legales.

La Observación General N. 1 establece que cualquier tipo de discriminación en base en cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 2 de la Convención, bien sea de forma manifiesta, atenta contra la dignidad del niño y la niña. Estas manifestaciones coinciden con lo establecido por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en el propio artículo 1 que establece lo siguiente:

> Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (art. 1)

En ese sentido también la Observación General N. 7 insta a los Estados Parte a señalar las consecuencias que este principio tiene en la realización de los derechos en la primera infancia, explica diferentes formas en las que se configuran las formas de discriminación que contiene la Convención. Por ejemplo, en los casos "en que las leyes no pueden ofrecer igual protección frente a la violencia a todos los niños, en particular los niños pequeños. Los niños pequeños corren un riesgo especial de discriminación porque se encuentran en una posición de relativa impotencia", esto por su dependencia de otros para la efectivización de derechos:

> Los niños pequeños pueden también sufrir las consecuencias de la discriminación de que son objeto sus padres, por ejemplo, si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales, o si sus padres son refugiados o demandantes de asilo. Los Estados Partes tienen la responsabilidad de vigilar y combatir la discriminación cualquiera que sea la forma que ésta adopte y dondequiera que se dé, tanto en la familia como en las comunidades, las escuelas u otras instituciones. Inquieta especialmente la posible discriminación en cuanto al acceso a servicios de calidad para niños pequeños, en particular allí donde los servicios de atención de la salud, educación, bienestar y de otro tipo no tienen carácter universal y se proporcionan mediante una combinación de organizaciones públicas, privadas y de beneficencia. Como primera medida, el Comité alienta a los Estados Partes a vigilar la disponibilidad y el acceso a servicios de calidad que contribuyan a la supervivencia y desarrollo de los niños pequeños, en particular mediante una recopilación sistemática de datos, desglosados según las

> principales variables que presenten los antecedentes familiares y las circunstancias del niño. Como segunda medida, pueden requerirse iniciativas que garanticen que todos los niños tengan igualdad de oportunidades a la hora de beneficiarse de los servicios disponibles. Con carácter más general, los Estados Partes deberían mejorar la concienciación sobre la discriminación contra los niños pequeños en general, y contra los grupos vulnerables en particular. (Observación General N. 7, Comité de los Derechos del Niño)

Interés superior del niño. Este principio es quizá el más enunciados por operadores del derecho en esta materia, lamentablemente en muchas ocasiones muy alejado del verdadero sentido de requerir una mejor tutela de derechos a la persona menor de edad. Y es que en un principio se tuvo la concepción de que se trataba de un instituto jurídico indeterminado.

Sobre esto, existen al menos tres autores que desarrollaron las primeras ideas en ese sentido las bases de lo que debía ser la delimitación de este principio. En primer lugar, Cillero Bruñol (2002) señalaba que los intereses de los niños iniciaron siento un asunto privado que quedaba "fuera del dominio del interés público" (p.6), es decir, lo que pasaba en las familias era un asunto que debían resolver estas, sin la intervención del estado. Hasta que fue evolucionado a un aspecto de interés público y por lo tanto jurídicamente relevante. Al respecto, señala también lo siguiente:

> También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16). De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto (Cillero, 2002, p.7)

Por otra parte, Bellof (2009) sostiene que el interés superior del niño ha funcionado como "un cheque en blanco" para que la administración pudiera obrar de forma discrecional bajo el argumento de ejecutar este principio. Sobre esto, el autor desarrolla:

> El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado -ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo, sea el cuerpo técnico de psicólogos, etc.- obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales. Su inclusión en la Convención -que era previsible ya que la CDN es producto de un proceso histórico en el que esta categoría, sobre todo en la cultura anglosajona, ha cumplido un papel muy relevante- no ha logrado reducir su uso en este sentido. (Bellof, 2009, p.14)

Ella, además, señala que se trata de un concepto que va cambiando con el tiempo, y que la tutela de los derechos de las personas menores de edad se encuentra proporcionalmente relacionada al desarrollo social de los Estados.

Para García (2001), existe una esquizofrenia jurídica, pues, como se indicaba anteriormente, con la promulgación Convención Sobre los Derechos del Niño se cambió el paradigma de la situación irregular a la concepción de la protección integral. Sin embargo, son muchos Estados que mantienen su legislación inspirada en la doctrina de la situación irregular, mientras ha ratificado una Convención de naturaleza totalmente contraria. Al respecto, desarrolla de la siguiente forma:

> A pesar de todas las deficiencias antes señaladas, la mayor parte de los países latinoamericanos no ha realizado aún ningún tipo de movimiento en pro de la adecuación de la legislación nacional a los principios y al texto de la Convención. Esta situación se agrava ulteriormente llegando a los límites de la esquizofrenia jurídica, en la medida en que también prácticamente todos los países han ratificado y promulgado como ley nacional la propia Convención. En otras palabras, esto significa la vigencia simultánea de dos leyes, que, regulando el mismo tema, resultan de naturaleza antagónica. Por este motivo, creo que vale la pena preguntarse, una vez más, por los motivos reales que explican la asombrosa sobrevivencia de cuerpos legislativos que representan la negación sistemática de los derechos humanos específicos de la infancia, hoy universalmente consagrados. (García, 2001, p.64)

Esta concepción de que este principio es un concepto indeterminado no podría estar más alejado de la realidad. Ya que, desde las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, se establecen tres específicos parámetros sobre los cuales debe procurarse su aplicación. Este concepto triple, como lo indica la Observación N. 14, consiste es un derecho sustantivo, un principio jurídico, y una norma de procedimientos.

> El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
>
> b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
>
> c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. (Observación N. 14, Comité de los Derechos del Niño)

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. El artículo 6 de la CDN establece que todo niño o niña tiene el derecho intrínseco a la vida. Además, que los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño y la niña.

Esa responsabilidad de los Estados envuelve diferentes elementos propios de la vida, la supervivencia y el desarrollo de las personas menores de edad. En este sentido, establece la Observación General N. 5 que "El Comité espera que los Estados interpreten el término

"desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño." Al respecto, indica también lo siguiente:

> Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva. Además, el Comité de los Derechos del Niño ha identificado toda una serie de medidas que se necesitan para la aplicación efectiva de la Convención, entre ellas el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de supervisión y formación, así como de otras actividades, en el gobierno, en el parlamento y en la judicatura, en todos los niveles (Observación N. 5, Comité de los Derechos del Niño)

El derecho del niño a ser escuchado. Por último, se desarrolla el derecho de la persona menor de edad a ser escuchada. Este principio se encuentra contenido en el artículo 12 de la CDN, y hace referencia a la necesidad de escuchar a la persona menor de edad, para conocer cuál es el mejor interés desde su perspectiva, recociéndole como sujeto de derechos y obligaciones y no como un objeto que requiere protección.

> 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 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, 54 en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (art. 12, Comité de Derechos del Niño)

Corrales sostiene que este además es una garantía procesal, en la que, en acuerdo al cambio de paradigma, resulta esencial para el cumplimiento del propósito de las normas de fondo:

> Las garantías procesales son todas aquellas condiciones que hacen posible la realización de un proceso limpio, nítido, justo y legal, en todas sus etapas, desde su inicio, durante el desarrollo, al momento de la culminación con la decisión y hasta la ejecución… la gratuidad, la oralidad, la representación, el otorgamiento de poderes ampliados al juez, la legitimación de los y las menores para accionar y para defenderse en juicio en forma directa

> y su derecho a ser oídos por el funcionario administrativo y por el juez durante el proceso, etc.… La evolución experimentada por el derecho de menores, aparejada a una incesante lucha de defensores, las más de las veces anónimos, nos depara un instrumento cuya asimilación por los operadores puede significar un cambio trascendental en política de administración de justicia. (Corrales, 2001, p. 450)

Legislación costarricense. Es en razón de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño que Costa Rica inicia su desarrollo normativo en ese sentido. En 1990 se inicia este proceso con la creación del Código de Niñez y Adolescencia, pese a que no fue sino hasta febrero de 1998 que empieza a regir esta ley.

Este Código es "el marco jurídico mínimo para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad" (Artículo 1, Código de Niñez y Adolescencia, 1998). Contempla la creación de un proceso especial de protección para las personas menores de edad en caso de que sus derechos se vean violentados. Esto en sede administrativa, mediante la instrucción del Patronato Nacional de la Infancia, y en instancias judiciales mediante el Juzgado de Niñez y Adolescencia en San José, y los Juzgados de Familia en los demás territorios.

Además, en este se consigna de forma expresa que las personas menores de edad tienen participación en los procesos que involucren sus intereses, se establece el principio del interés superior del niño y la niña, el derecho a ser oído, el desarrollo integral y las garantías procesales de las personas menores de edad.

Un aspecto que conllevó un cambio importante en la legislación costarricense, además de ser un claro desarrollo de la doctrina que sostiene la Convención, en cuanto se establece que se debe reconocer a las personas mayores de quince años "plena capacidad laboral, individual y colectiva, para celebrar actos y contratos relacionados con su actividad laboral y económica y para demandar, ante las autoridades administrativas y judiciales, el cumplimiento de las normas jurídicas referentes a su actividad" (art. 86).

El artículo 104 establece el derecho de denuncia de la persona menor de edad. En el que se "garantiza a las personas menores de edad el derecho a denunciar una acción cometida en su perjuicio y a ejercer, por medio del representante del Ministerio Público, las acciones civiles correspondientes" (art.104).

Sin embargo, esta no ha sido la única normativa que regula aspectos relacionados a la niñez. Y que, a falta de la entrada en vigencia del nuevo Código de Rito, es esta la que se aplica en este momento. El Código Procesal Civil (Ley 7130) en su artículo 120 establece que en los procesos que resuelven sobre intereses de personas menores de edad, debe tenerse como parte al Patronato Nacional de la Infancia.

Así, también en los procesos en los que su representación por medio de sus padres represente un interés contrapuesto, el artículo 260 establece que se debe nombrar un curador procesal, en caso de que así lo solicitara. Lo cual en la práctica ha sido suplido mediante el fundamento de las atribuciones que establece el artículo 4 inciso I de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia. Por otro lado, el artículo 261 establece la posibilidad de las personas mayores de quince años de designar como curador procesal a la persona que ellos crean conveniente.

En la Ley de Violencia domestica se establece que son solicitantes legítimos:

> Solicitantes legítimos. Estarán legitimados para solicitar las medidas de protección descritas en el capítulo anterior: a) Los mayores de doce años afectados por una situación de violencia doméstica. Cuando se trate de menores de doce años o de personas con discapacidad física o mental, la medida deberá ser solicitada por su representante legal, el Patronato Nacional de la Infancia, una autoridad de policía o un mayor de edad. (Artículo 7, Ley de Violencia Doméstica, 1996)

En demás cuerpos normativos vigentes, como el Código de Familia y la Ley de Pensiones Alimentarias, no existe pronunciamiento en ese sentido.

Jurisprudencia. Como ha sido costumbre en la materia de Familia, no ha sido mediante la legislación que se ha ampliado temas como los principios que deben regular la materia, sino que han sido Tribunales superiores, como el Tribunal de Familia o hasta la Sala Constitucional, quienes se han encargado de interpretar y marcar pautas mediante pronunciamientos en procura de un avance en la tutela judicial efectiva. Lo que ha sido también el caso en cuanto a los derechos de las personas menores de edad y su participación dentro del proceso.

Uno de estos es el voto 11098 del 2009 de la Sala Constitucional, en el que se abre la posibilidad de variar las reglas procedimentales en materia de competencia, por ejemplo, cuando está en juego el interés de una persona menor de edad. Lo que lo explica de la siguiente forma:

> Por otra parte, no hay razón alguna que justifique que el tema de la fijación de la competencia no pueda ser abordado de una manera más flexible con el fin de tutelar adecuadamente los derechos de los menores de edad involucrados en el proceso. De ahí que el Tribunal estime que, en aras de evitar una mayor afectación de sus derechos, la disposición impugnada no resultaría inconstitucional en tanto se interprete que la norma se aplicará así, siempre y cuando el actor represente los intereses del menor de edad. (Sala Constitucional, Voto 11098-2009, 10 de julio de 2009)

Con respecto al derecho de ser oído de las personas menores de edad, el Tribunal de Familia, en el voto 49-2016 ha desarrollado lo siguiente:

> Desde que entró a regir la Convención sobre los Derechos del Niño, hace ya un cuarto de siglo, se debe entender que las personas menores de edad son sujetos titulares de derechos y no meros objetos de protección. En dicho instrumento jurídico se ha reconocido el derecho fundamental que tienen los niños, las niñas y las personas adolescentes a expresar su opinión en aquellos asuntos que les incumben directamente; y quien deba tomar decisiones, está en la obligación de tomar en cuenta esa opinión. La trascendencia de este derecho a expresar opinión y el derecho a que esa opinión sea tomada en consideración es de tal magnitud que incluso el de los Derechos del Niño emitió la Opinión General número 12 para desarrollarlo específicamente. Desde luego no se trata de que el padre y la madre, las autoridades administrativas, las autoridades judiciales o cualquier otra persona que deba tomar esas decisiones -como podría ser, por ejemplo, los profesores y las profesoras- necesariamente tengan que hacer lo que las personas menores de edad desean, pero sí es indispensable que todos ellos introyecten esa trascendencia y DE VERDAD hagan valer los derechos de esta población. Cuando se adquiere noción de la importancia que tiene ese derecho fundamental se logra comprender el motivo por el que el artículo 158 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece que cuando el conflicto se soluciona de forma auto compositiva, "las personas menores de edad afectadas y sus representantes deberán estar presentes, BAJO PENA DE NULIDAD DEL

> ACUERDO. Los menores podrán estar acompañados de otra persona de su confianza. El conciliador deberá escuchar la opinión de las personas menores de edad tomando en cuenta su madurez emocional. Cuando la opinión de un adolescente concurra con la de su representante, será vinculante para establecer el acuerdo." Ahora bien, cuando el conflicto se somete al conocimiento de las autoridades administrativas o judiciales, estas autoridades están en la obligación no solo de escuchar la opinión de las personas menores de edad, sino también de tomar esa opinión en consideración a la hora de adoptar la decisión. Por paridad de razón debe entenderse que, para resolver el conflicto, ya sea de manera auto compositiva (conciliación o mediación) o de manera hetero compositiva (por parte de las autoridades administrativas o judiciales), se debe garantizar los derechos antes dichos a las personas menores de edad; y en caso de que eso no haya sido así, el acuerdo (en el caso de la conciliación) o la sentencia (administrativa o judicial) están viciados de nulidad. (Tribunal de Familia, Voto 49 – 2016, 27 de enero 2016)

De acuerdo con lo visto anteriormente, se extrae que tanto el ordenamiento como la jurisprudencia reconoce el deber de la persona juzgadora integrar la opinión de la persona menor de edad dentro del proceso, sin embargo, se limita en muchos casos a una entrevista que realiza la misma persona juzgadora.

Reforma Sobre la Capacidad Procesal de las Personas Menores de Edad

En el marco de la reforma procesal de Familia, se establece un cambio bastante importante en cuanto a la participación de las personas menores de edad en el proceso. Esto como parte del cumplimiento de los principios anteriormente mencionados; principalmente del derecho de la persona menor de edad de ser escuchado.

El tratamiento utilizado por el legislador en este caso fue precisamente la capacidad progresiva, atendiendo a la necesidad de que conforme se desarrolle el niño, la niña y el adolescente, así crezca también su participación en los nuevos procesos que contiene este Código. Al respecto el primer párrafo del artículo 41, lo dice de la siguiente forma:

> Se reconoce a todas las personas mayores de doce años el ejercicio personal y pleno de la capacidad procesal para el trámite de los procesos establecidos en este Código, sin perjuicio

> de que prefieran que sus padres u otras personas representantes actúen en su nombre. (art. 41)

Este es el primer aspecto diferencial es ese aspecto, pues a diferencia de la legislación actual, se reconoce a toda persona mayor de doce años, plena capacidad procesal, eso sí, en cuanto al trámite de los procesos establecidos en este Código. Es decir, le es otorgada la posibilidad de poner en movimiento el mecanismo normativo por acto propio. Se observa un claro ejemplo en los Procesos Especiales de Filiación, en los que ahora el menor de edad, pero mayor de doce años, es el legitimado para accionar con el fin de desplazar o emplazar una paternidad, mediante una investigación, impugnación y demás, sin que tenga que depositar en su representante esta legitimación, al menos de forma obligatoria.

Pero también de forma pasiva, para ser demandado. En casos donde alguno de los padres o madres sean personas menores de edad, se encuentran en la posibilidad de discutir en un proceso de Guarda, de solicitar un Régimen de Vistas, o bien ser obligado(a) alimentario.

En cuanto a las personas menores de doce años, el citado numeral indica lo siguiente:

> Tratándose de personas menores de doce años, la autoridad judicial llamará a quien ejerza la responsabilidad parental o bien, en su caso, a quien asigne el Patronato Nacional de la Infancia (PANI) y, si esta persona no se encontrara disponible en ese momento, podrá nombrársele representación provisional hasta tanto el ente mencionado apersone a la persona elegida. No obstante, estas personas podrán ejercer el derecho a ser oídas y participar activamente de manera progresiva y conforme a su capacidad volitiva, según la ley y bajo la apreciación del tribunal, teniendo derecho de acudir personalmente ante este y a que se les atienda de forma personalizada y conforme a sus características etarias, debiendo velar, las personas funcionarias judiciales, por la efectivización de los derechos de las personas menores de edad. (ídem)

También hace referencia al hecho de que las personas menores de doce años también podrán participar del proceso sin tener alguna representación, como se establece para las personas mayores de doce años. En este caso, “para el inicio del proceso el tribunal deberá contar con un informe psicológico del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial, que acredite que la persona menor de edad tiene la capacidad para ejercer dicha acción” (ídem).

Esto al menos es lo que se extrae de la lectura de la norma, ya que, como se ha explicado, el hecho de que la ley no esté en este momento en funcionamiento resulta problemático para manifestar con total seguridad que en la práctica se desenvolverá de esta forma. Benavides (2020) explica que la ley se aplica de la siguiente manera:

> Entonces definimos como capacidad procesal plena pero alternativa de la persona menor de edad, pero mayor de doce años a la cualidad que otorga el sistema procesal de familia para que la persona menor de edad mayor de doce años actúe procesalmente en forma plena y personal, pero quedando en alternativa de que prefieran dichos menores que sus padres los representen. Esto quiere decir que dichas personas pueden demandar, incluso ser demandados, esto no es novedad, pero lo que sí lo es que la demandada la pueden presentar personalmente ellos. (p. 107)

Cabe resaltar en este momento que el artículo 42 establece que el Estado debe garantizar el patrocinio letrado gratuito a las personas menores de edad, pero solo los que carezcan de medios económicos suficientes. Sobre esto, a la fecha de la redacción de la presente investigación, se desconoce cuál institución asumirá dicha representación. También el artículo 43 indica que "Se debe garantizar a toda persona menor de edad todos los derechos contemplados en la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, otros tratados internacionales y las leyes de la materia." Sin embargo, no existe pronunciamiento claro, si conforme al principio de la autopostulación, las personas menores de edad que presenten el proceso a título personal no van a requerir un represente legal o bien este principio no aplica para estos, y siempre deberán presentarse con una representación letrada. Lo que es claro que cualquiera de los dos supuestos merece un análisis en cuanto a la forma con la que se expone, pues esto podría incidir de forma drástica en la efectivización o no del carácter instrumental de la norma.

Observaciones con respecto al derecho de ser escuchado

Como se logra desprender del análisis de la reforma en este sentido, la Capacidad Procesal de las personas menores de edad encuentra su fundamento en la aplicación e interpretación del derecho que poseen las personas menores de edad de ser escuchadas. Apunta la convención a una disposición totalmente distinta, en cuanto al trato de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes. Ya que por un lado carecen de la autonomía que posee el adulto, pero por otro lado

debe ser sujeto de derechos. Por lo que es deber del Estado garantizar este correcto ejercicio del derecho para que esta población pueda desarrollar su rol correctamente frente a la sociedad.

Siendo este un tema tan relevante y proveniente de un instrumento de Derecho Humanos ratificado casi universalmente, ha generado naturalmente un profundo análisis en cuanto a los alcances y disposiciones que deben seguir los Estados parte para efectivizar el cumplimiento de lo establecido por la Convención.

Al respecto, interesa conocer el criterio emanado por parte del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), quienes han expuesto en un documento las 17 Observaciones Generales y han brindado una herramienta útil para la implementación de la Convención, contribuyendo a encauzar la labor de todas las instituciones que protejan de mejor manera los derechos de la niñez y la adolescencia.

Así lo explican Isabel Crowley, representante de UNICEF México, y Laura Vargas, titular del Sistema DIF Nacional (2014):

> En ese sentido, convencidos de la trascendencia que tienen estas Observaciones en el actuar de todas las instituciones, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en México y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF Nacional) han sumado esfuerzos para realizar un documento que reúna las 17 Observaciones Generales que el Comité de los Derechos del Niño ha emitido desde 2001 hasta el 31 de octubre de 2014, en las que se abordan los derechos y principios rectores de la Convención (…) reafirmamos nuestro compromiso hacia las niñas, niños y adolescentes, y confiamos, que de esta manera se pueda contribuir a encauzar la labor cotidiana de todas las instituciones hacia una cultura que promueva y proteja los derechos de la infancia y la adolescencia en el país (UNICEF, 2014, p.2)

Por lo que, en sintonía con lo anteriormente expuesto, la UNICEF junto con DIF Nacional, exponen una serie de medidas para garantizar la observancia del derecho del niño y la niña a ser escuchados. Las cuales las dividen en, preparación, audiencia, evaluación de la capacidad, información sobre consideración otorgada a las opiniones del niño, quejas, vías de recursos y desagravio.

Preparación. Establece la herramienta que:

> Los responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el niño debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Debe ser consciente de las posibles consecuencias de esa elección. El responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al niño antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del niño a ese respecto. (ídem, p. 210)

Es decir, debe existir una conciencia total en que la persona menor de edad conozca que tiene derecho a expresar su opinión y que esta va a ser tomada en cuanta para cualquier toma de decisiones. Este tiene la oportunidad de manifestar libremente su opinión de forma personal y puede delegarla en su representante; este debe conocer cuáles son las consecuencias de esta elección. En resumen, se trata de toda una diligencia previa a la acción de la persona menor de edad.

Audiencia. Esta indicación hace referencia a la forma en la que el niño, la niña o adolescente pueda emitir su criterio, tiene que ser un ambiente que genere confianza y promueva su participación. Resalta, además, que la experiencia ha indicado siempre que es preferible que el desarrollo sea mediante una experiencia unilateral, y no en forma pública, garantizando siempre su confidencialidad:

> El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar. La persona que escuchará las opiniones del niño puede ser un adulto que intervenga en los asuntos que afectan al niño (por ejemplo, un maestro, un trabajador social o un cuidador), un encargado de adoptar decisiones en una institución (por ejemplo, un director, un administrador o un juez) o un especialista (por ejemplo, un psicólogo o un médico). 43. La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación

> en lugar de examen unilateral. Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad. (UNICEF, 2014, p. 210)

Evaluación de la capacidad del niño. Sostienen también que todas las opiniones deben tenerse en cuanta siempre que la persona menor de edad este en la facultada de hacerlo, mediante algún informe útil al respecto. En tan caso se deberá considerar lo siguiente:

> Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Deben establecerse buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño. (ídem, p. 210)

Por lo tanto, resalta esta labor también, como un deber de previo a la participación de esta población.

Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño). Es primordial, según este documento, que, finalizado el proceso, la persona encargada de la toma de decisiones deba informarle a la persona menor de edad el resultado de este, y explicar de forma clara como fue que sus opiniones fueron consideradas para resolución. Esto por cuanto "La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio" (UNICEF, 2014, p. 210).

Queda claro que su fin es garantizar una participación realmente activa de la persona menor de edad, así como el cumplimiento de la última medida, la cual es la posibilidad de recurrir cuando sea posible.

Quejas, vías recurso y desagravio. Por último, se sostiene la necesidad de que las personas menores de edad cuenten con una vía para interponer denuncias, quejas, cuando su derecho a ser escuchado no ha sido efectivizado. Estos deben ser de fácil acceso, y deben ser informados sobre este derecho a recurrir a alguna instancia superior.

> Los niños deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. Los niños deben saber quiénes son esas personas y cómo pueden acceder a ellas. En el caso de los conflictos familiares sobre la consideración

> de las opiniones de los niños, el niño debe tener la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad. (ídem, p. 210)

Sin embargo, no queda hasta ahí este alcance, como se explicaba anteriormente, también deben tener la posibilidad de mostrarse inconformes con lo resuelto, ya sea en sede judicial o administrativa. Para lo cual deberán tener un procedimiento establecido para apelar lo resuelto y diferentes vías de protección de este derecho. Lo explican de la siguiente forma:

> Si el derecho del niño a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales y administrativos (art. 12, párr. 2), el niño debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo. (ídem, p. 210)

Cuestionamientos a la Implementación del Principio de Autopostulación

Saturación del sistema judicial

Para sintetizar las posibles implicaciones que se presentan con la implantación de esta figura, y la incidencia que pueda tener en el buen desarrollo del proceso, por lo tanto, en el cumplimiento en la finalidad de esta norma, no se puede dejar de lado uno de los cuestionamientos que más se realizan a esta reforma y es la posible saturación del proceso.

Como se ha indicado anteriormente, base fundamental del debido proceso es un verdadero acceso a la justicia, y esta justicia debe ser pronta y cumplida. Teniendo en consideración lo que pretende la ley y la forma de implementar la figura de la autopostulación, es claro que resultará en un impacto importante al circulante de los Tribunales, por lo tanto, en el nivel de respuesta que van a obtener las partes, pues se presentan diversas situaciones que van a propiciar la resolución de conflictos mediante la intervención de un tercero, en este caso una persona juzgadora.

Uno de los principios de este Código y que resulta una base esencial en su naturaleza es el principio de ausencia de contención y el de conciliación. Se ve impregnado en mucha de su redacción, al punto de que se tendrá que utilizar un lenguaje poco adversarial para dirigir el proceso. -artículos 31.3, 52.2, 62, 224 y 233 del Código Procesal de Familia.

Con la entrada en vigencia de esta figura, un cuestionamiento que salta a la vista es que las partes podrían encontrar más fácil resolver sus disputas con la intervención de un tercero que con el dialogo y la negociación entre los miembros de la familia. Al respecto, Bedoya (2018) manifiesta lo siguiente:

> Si partimos de la premisa que el presente trabajo de investigación trata de incorporar en el ámbito de las relaciones judiciales una cultura de diálogo y colaboración a través de la búsqueda pacífica de acuerdos y de solución a los conflictos judiciales que han enemistado a las partes y que tienen su origen en la oposición de intereses, llegaremos a considerar que en la actualidad la excesiva judicialización de los conflictos que se originan en las relaciones sociales y familiares en nuestro país contrasta con la noción justicia efectiva. (Bedoya, 2018, p.12)

El acudir al sistema judicial ha funcionado también como una medida coercitiva, no es muchas ocasiones de poder encontrar reparo sobre alguna acción, sino también como mecanismo para amedrentar y una amenaza útil en frete a cualquier tipo de discusión. Esta tendencia de judicializar los conflictos también es observada en una materia tan sensible como lo es Familia.

Un claro ejemplo es la recurrencia con la que los procesos de divorcio se ven evolucionado en más conflictos, como son el conflicto de alimentos, en la interrelación del padre o madre con su hijo, un proceso de definición de custodia, y hasta la solicitud de la Suspensión de la Responsabilidad Parental. Pues esta vía en utilizada por las partes, en la mayoría de las ocasiones por los padres como una forma más de perpetuar la lucha y el conflicto que generó todo naturalmente.

Así lo expone Ortuño (2020):

> Una demanda es una declaración de guerra, y que hay que pensárselo mucho antes de acudir al juzgado, el juez no es un psicólogo. La función judicial es analizar qué dicen las partes y, según las pruebas que aporten, dictar una resolución, que, en no pocas ocasiones, llega tarde. (Diario ABC, 2020)

Se observa además claramente, en cantidad de demandas de guarda que se presentan en las que la misma parte actora es quién posee la guarda de la persona menor de edad, y se presenta a

solicitar que en sentencia se declare que posee la guarda de la persona menor de edad. Lo que se desea por supuesto es una garantía que la custodia del menor es suya.

Por lo que la implementación de esta figura pareciera resultar en un mecanismo de fácil acceso a discutir en la vía judicial un aspecto que es fácilmente resuelto de forma autocompositiva. El Código lo busca mitigar mediante la implementación de una audiencia de conciliación obligatoria, sin embargo, esto va a representar un espacio en la agenda de los despachos, de los que, de momento, no se ha establecido un incremento en la cantidad de personas juzgadoras que atenderías estas cuestiones, ni tampoco de mediadores o conciliadores especializados en este tema.

Esto claro es una situación sobreviniente de la situación financiera actual del país, pues no se cuenta con la posibilidad de ampliar la cantidad de personas en esta función. Por el contrario, existen muchos técnicos que, probablemente, cambiarán sus funciones de resolver escritos, a atender las nuevas gestiones.

Desequilibrio Procesal

Esta medida pareciera ir acorde a los instrumentos internacionales, y en procura de una garantía al acceso a la justicia. En la que ninguna persona, sin importar su condición económica, podrá encontrar un impedimento para interponer una gran mayoría de procesos sin la necesidad de representación letrada. Sin embargo, como se exponía anteriormente, el acceso a la justicia deriva en parte del debido proceso, y este siempre conllevará a un desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías. Como el derecho de igualdad (artículo 33, Constitución Política; artículos 1.1 y 24, Convención Americana de Derechos Humanos).

Parte de una crítica dirigida a la forma en la que fue dispuesta por el legislador esta figura, es que no resulta claro como permitir a las partes acudir en diferente posición frente a una disputa, puede ser un mecanismo de acceso a la justicia. Además de una preocupación de varios sectores de la judicatura en el sentido de cómo debe ser el actuar de la persona juzgadora para evitar un desequilibrio procesal sin parcializarse y sin caer en una ayuda injustificada a la persona que acuda al proceso sin representación letrada frente a la otra que si acuda de esta forma.

En el caso de los procesos de Autorización de Salida del País, recuérdese, actualmente instruidos mediante el principio de la Autopostulación, muchos juzgados se vieron en la situación

de que, en las fechas cercanas al fin de año, eran muchas personas procurando la autorización para salir del país en esta única fecha, para pasar con sus seres queridos, o bien para vacacionar, lo que por supuesto representaba un incremento en el trabajo, lo que hacía que en no pocas ocasiones muchas solicitudes debían quedarse sin responder. Esto se repetía al siguiente año, y por las mismas fechas. Hasta que se tomó la decisión de poco a poco asesorara a las partes y decirles que enfocaran la pretensión en no una salida de una única fecha sino una autorización permanente de salida.

Lo cual desde la perspectiva del deber de juez imparcial podría representar una clara inclinación a favorecer a una persona a la cual desde un primer momento se le está indicando cual puede ser su pretensión, por lo tanto, un asumible adelanto de criterio en ese sentido.

Sumado a esto, el proceso fue desarrollado con una perspectiva moderna, parecida a la reforma procesal Civil y Laboral reciente. Esto quiere decir que ha sido desligada la concepción original de un solo proceso, y que debe ajustarse a cada realidad en cada materia. Lo que ha significado que muchos y muchas litigantes estén en estos momentos previos a su implementación realizando grupos de estudio, algunos espacios propiciados por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Por lo que, si a una persona que toda la vida acostumbrada a enfrentar este tipo de procesos representa tanto esfuerzo para entender el proceso, cuáles son los argumentos para decidir que las personas puedan acudir a los tribunales sin representación letrada a un litigio que se espera complejo, y mucho más para alguien ajeno a este tipo de escenarios.

Ejercicio Profesional de la Materia de Familia

Un cuestionamiento importante en cuanto a la elaboración del proyecto del Código Procesal de Familia es por parte de los abogados y las abogadas litigantes en esta materia. Tal como ha pasado en muchas ocasiones en cuento a reformas procesales, especialmente las ultimas, los litigantes se han sentido excluidos en el proceso de la elaboración del proyecto. Al respecto, resulta interesante lo manifestado por González (2021) cuando expresa:

> Todas las personas que participaron en la elaboración del Código, todas sin excepción, lo hicieron en la mayor buena fe, y creyendo como en realidad lo hicieron, que con esto aportaban un gran avance al derecho de familia. Pero yo lo quería decir es que a través de estos quince años, los abogados y abogadas litigantes fuimos excluidos totalmente del proceso de elaboración del cogido, yo personalmente recuerdo haber estado en el Colegio

> de Abogados, delante de magistrados y magistradas de la Sala Segunda, diciendo que nos permitieran a los litigantes… participar porque nuestra experiencia era importante para la óptica del Código, y que no se valía que la Corte siguiera haciendo lo que siguió haciendo, que era como Moisés, subir al monte y bajar con las tablas de la ley y decirle a la gente "esta es tu ley"… Y muchas de las cosas que se ven ahora como problemas del Código, es por la falta de participación de litigantes que con óptica de abogados de las partes interesadas pudimos haber aportado algo. (González, 2021, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, YouTube)

Sobre el tema específico de la autopostulación procesal, este autor sostiene lo siguiente:

> También dice que mi observación sobre esto y la he dicho en otros casos, la autopostulación procesal, en mi experiencia, va en contra de la persona, porque ir sin abogado, en estos tiempos en que tenemos que llevar cursos para entender el derecho procesal, y estudiamos dos años para estudiar el derecho procesal… de pronto le damos la posibilidad a una persona que vaya solicito sin abogado y se enfrente al aparato judicial y al abogado. Es como que lo suelten en una farmacia son saber de qué se trata y decirle que tome lo que quiera. (ídem)

El aspecto de la exclusión de los abogados y abogadas litigantes resulta de especial interés, pues es claro que la aplicación de esta figura afecta directamente el trabajo de muchos litigantes especializados de la materia que, si bien es facultativo apersonarse al proceso con un abogado o abogada, es de esperar que la cantidad de procesos en los que representarían sea menor, por lo que es previsible una menor especialización por parte de los operadores en derecho en este tema.

La autopostulación como parte de la Reforma Procesal de Familia ha sido un tema que ya ha sido discutido fuertemente desde el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Y es que muchos abogados han reprochado el deber del Colegio como defensor de los intereses de las y los agremiadas y agremiados, más tomando en consideración que la Asamblea Legislativa pidió opinión en cuanto a este tema al Colegio y, según las actas de Asambleas Ordinarias del Colegio, este no fue contestado, o no fue contestado a tiempo.

Al respecto, resulta interesante rescatar un fragmento de Víquez (2017), miembro de la junta directiva, en la que destaca la preocupación en cuanto a la ausencia de intervención del Colegio en cuanto la aplicación de esta figura:

> El tema de la autopostulación procesal es una de las cosas que a mí me preocupan mucho y que me han comentado abogados y abogadas litigantes al respecto, y en el informe no viene una explicación de ningún tipo acerca de cuál es la camiseta que tiene puesta cada uno de los miembros de la Comisión de Familia en relación con la función que cumplen dentro del Colegio de Abogados, porque esa Comisión está compuesta por un montón de abogados y abogadas, algunos son jueces, otros litigantes, otros están pensionados, pero representan al Colegio de Abogados y Abogadas, eso no lo podemos dejar de lado, no podemos estar en la Comisión de Familia y seguir teniendo puesta mi camiseta de juez, mi camiseta de defensor … es que aquí se representan los intereses del gremio, entonces eso es lo que yo echo de menos en el informe. Cómo es que nunca dijeron nada acerca de las normas del proyecto que perjudican a los abogados y abogadas litigantes y hay muchas normas del proyecto que perjudican los intereses de los abogados y abogadas litigantes… El tema de la autopostulación procesal a mi preocupa mucho, cómo nosotros le vamos a decir al pueblo (agremiados) que nunca dijimos nada del tema de la autopostulación procesal, la limitación tan grande que tiene esta normativa para la participación de los abogados y abogadas litigantes en los asuntos de familia. (Colegio de Abogados y Abogadas, Sesión Ordinaria 28-2017, 2017)

Cuestionamientos al Otorgamiento de Capacidad Procesal a Personas Menores de Edad

Extensión del conflicto adultista

El Código otorga a las personas menores de edad una capacidad procesal y progresiva a las personas menores de edad para presentarse al proceso. Esta medida ha sido catalogada como una posible extensión del conflicto adultista a la persona menor de edad la cual no tiene que ser involucrada de tal forma en procesos que superaran las medidas autocompasivas y son vistas en la necesidad de que sea un tercero quien resuelva. Por ejemplo, en un divorcio donde se ventilan aspectos patrimoniales como la división de gananciales, hasta las diferentes causales contenidas en el artículo 48 del Código de Familia, como son divorcio y sevicia, resulta extraño para un sector como puede formar parte del contradictorio una persona menor de edad.

Por supuesto que atañen aspectos como la guarda, los alimentos del menor, hasta una fijación de un sistema de visitas que no interfiera con su vida personal, educativa y demás, sin

embargo, los aspectos mencionados no parecen formar parte a pretensiones que pudieren sostener personas menores de edad. Pues no son preocupaciones que son inherentes a la vida de un niño o una niña, y deberían ser excluidos de esto.

Extensión al ámbito subjetivo

Otro aspecto que resalta es la posibilidad de que pueda extralimitarse la participación de las personas menores de edad, no solo en el proceso relativo al Código Procesal de Familia, sino Civil, Mercantil y demás.

El Código establece que "toda resolución que le ponga fin a un proceso contencioso impondrá al pago de las costas a la parte vencida" (art. 204). A menos que se considere que se litigó de buena fe. Esto resulta un cambio en cuanto a la práctica actual en la que, en razón de materia, la mayoría de las veces no se condena a costas.

Sin embargo, en alguna situación en la que una persona menor de edad acciones, y deba ser condenado a costas, esto representaría que la persona menor de edad se configure como deudora por lo tanto su acreedor, pueda permitírsele acudir a las vías cobratorias para este fin. O, por el contrario, si la persona menor de edad sea condenada al pago de daños y perjuicios, ¿podrá exigírsele el pago a estos? Esta es una cuestión que muchas personas consideran que puede ser una fuga de la norma, pues iría en contra de los principios rectores en materia de niñez, pues ya no es hacerle participe y escuchar su opinión, sino hacerle responsable por una acción desarrollada dentro de un proceso "controlado" como el de Familia.

Conflictos con la instrumentalidad

El principio de instrumentalidad es base esencial del Derecho Procesal. Como se explicaba la función de las normas procesales, deben ser siempre, extender un puente para que las personas puedan acceder a ejercitar sus derechos plasmados en normas sustantivas de la forma en la que se garantice la efectivización de estos derechos. Se puede entender que debe ser célere, simple en esta oportunidad en razón de materia, y que no represente un aspecto por el cual las partes prefieran no acudir a la solicitar lo que le fue otorgado por la ley.

Para Benavides (2020), la instrumentalidad puede ser definida de la siguiente manera:

> La instrumentalidad es la esencia del derecho procesal de familia. Lo es de todas las disciplinas procesales. La función de las normas procesales es catalizar la eficacia de la norma de fondo. (…) Si la ciencia del derecho procesal no tiende a hacer el test de instrumentalidad para cada caso, si la teoría del derecho procesal no va encaminada a definir a teorizar respecto al provecho, al fruto, al aprovechamiento, al servicio de la norma procesal respecto al derecho de fondo, no está cumpliendo tampoco su papel. Lo mismo y más claramente aún, los operadores del sistema deben realizar como protocolo elemental de revitalización, de perfeccionamiento, de completez, ese examen primario de instrumentalidad (Benavides, 2021, p 52)

En el caso que nos ocupa, que es la materia de familia, este principio cobra vital relevancia. Pues características propias de este es la informalidad, la cual muchos operadores confunden con ausencia total de reglas en el procedimiento. Por lo que, a pesar de que se tenga presente que el proceso no es el fin en sí mismo, y que lo realmente importante es la efectivización del derecho sustancial, no deja de existir requisitos mínimo necesario para mantener el proceso derecho. Es aquí donde el principio de instrumentalidad sirve como guía y se deberá cotejar con este si la flexibilización del proceso responde en mejora del acudir al derecho sustantivo, o bien se trata de un beneficio del proceso en sí mismo, lo que representaría ir en contra de la naturaleza del mismo principio.

Por eso para analizar la procedencia o no de estas dos figuras, dentro de una norma procesal como la en cuestión, es necesario analizar la efectivización de este principio y este fin mismo. Teniendo en cuenta que la norma está hecha como mecanismo para que, todas las personas, tanto menores como mayores, puedan acudir a ejercitar su derecho.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

Con la finalidad de encontrar respuesta a la justificación plantada, y tomando en cuenta los objetivos señalados, la presente investigación se llevará a cabo sustentándose en distintos instrumentos de estudio, con el fin de proporcionar una visión realista del problema que permita un análisis crítico al respecto.

Enfoque de la investigación

Esta investigación tendrá un enfoque cualitativo, la cual se define de la siguiente forma:

> El término cualitativo tiene su origen en el latín "qualitas", el cual hace referencia a la naturaleza, carácter y propiedades de los fenómenos (Niglas, 2010). Con el enfoque cualitativo también se estudian fenómenos de manera sistemática. Sin embargo, en lugar de comenzar con una teoría y luego "voltear" al mundo empírico para confirmar si esta es apoyada por los datos y resultados, el investigador comienza el proceso examinando los hechos en sí y revisado los estudios previos, ambas acciones de manera simultánea, a fin de generar una teoría que sea consistente con lo que está observando que ocurre. (Sampieri, R y Mendoza, C, 2018, p.7)

Así mismo, indican que:

> Las investigaciones cualitativas suelen producir preguntas antes, durante o después de la recolección y análisis de los datos. La acción indagatoria se mueve de manera dinámica entre los hechos y su interpretación, y resulta un proceso más bien "circular" en el que la secuencia no siempre es la misma, puede variar en cada estudio. (p.8)

Teniendo presente lo anterior es que se decanta por el enfoque cualitativo para la presente investigación, ya que su propósito es indagar en la norma propuesta para establecer las distintas problemáticas que se presentan con la entrada en vigencia del nuevo Código, así como desarrollar las diferentes posiciones que se generan en torno a la implementación de la figura de la autopostulación y capacidad procesal en personas menores de edad. Lo anterior con el fin de proporcionar una mirada amplia y fundamentada sobre la oportunidad que resulta de esta reforma.

Diseño metodológico

El diseño utilizado en la presente investigación es de corte transversal, ya que el análisis se realiza en un periodo de tiempo específico como lo es la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia. Por lo que resulta el diseño metodológico correcto, para así generar debate alrededor de su implementación, mediante el cuestionamiento de la norma y el análisis de otros instrumentos internacionales que se tienen al alcance.

Es por lo anterior y tomando en cuenta los objetivos que se realizará mediante un sistema de investigación analítico, pues se pretende ir más allá de la mera descripción de los elementos de la norma, sino que es necesario realizar un análisis de las diferentes posiciones al respecto y obtener las conclusiones oportunas sobre su viabilidad tal y como fue expuesto en la reforma procesal.

Sumado a lo anterior, la investigación se realizará con un enfoque prospectivo, pues será en un futuro cuando entrará en vigencia el Código Procesal de Familia, por lo que, tomando en cuenta que el análisis se hará previendo las posibles variables que resulten a futuro de su implementación, se cumplen con los presupuestos para que se realice de esta forma.

Variables o Unidades de Análisis

Objetivo específico	**Variables o categorías**	**Definición Conceptual (Qué voy a entender al hablar de esa variable)**	**Definición Operacional (Que indicadores voy a medir)**	**Definición Instrumental (Con que lo voy a medir)**
Esbozar los alcances de la implementación de la figura de la autopostulación y el otorgamiento de capacidad procesal de las personas menores de edad, con la entrada en vigencia del nuevo Código	Alcances de la implementación de la figura de la autopostulación.	Efecto o trascendencia de la posibilidad que otorga la ley de presentarse a un proceso sin representación letrada.	Proyecto de ley y sus reformas Sistema procesal 1. Organización 2. Prevalencias del sistema 3. Suficiencia normativa Positivización del derecho procesal.	Análisis de textos Referencias

Procesal de Familia.	Otorgamiento de capacidad procesal de las personas menores de edad	Es la aptitud de una PME para ejercer por sí mismo los actos dentro del proceso	Proyecto de ley y sus reformas Sistema procesal 1. Organización 2. Prevalencias del sistema 3. Suficiencia normativa Positivización del derecho procesal.	Análisis de textos Referencias
Cuestionar la conveniencia de la implementación de la figura de la autopostulación y capacidad procesal de las personas menores de edad, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia	Conveniencia de la implementación de la figura de la autopostulación	Utilidad, provecho de la posibilidad que otorga la ley de presentarse a un proceso sin representación letrada.	Ventajas y desventajas de la implementación de la figura de la autopostulación Contextualización de las características del derecho procesal. Principio de instrumentalidad. 1. Persona humana como centro 2. Efectivización de las normas sustantivas	Entrevistas Análisis de textos Contextualización
	Capacidad procesal de las personas menores de edad	La aptitud de una PME para ejercer por sí mismo los actos dentro del proceso	Ventajas y desventajas de la implementación del otorgamiento de capacidad procesal a persona menores de edad. Contextualización de las características del derecho procesal. Principio de instrumentalidad.	Entrevistas Análisis de textos Contextualización

			1. Persona humana como centro Efectivización de las normas sustantivas	
Sintetizar sobre las diferentes posiciones y preocupaciones con respecto a implementación de la figura de la figura de la postulación y capacidad procesal de las personas menores de edad, previo a la entrada en vigencia de la norma.	Posiciones sobre la implementación de la figura de la figura de la autopostulación, y;	Actitud o manera de pensar, obrar o conducirse respecto de la posibilidad que otorga la ley de presentarse a un proceso sin representación letrada.	Funcionamiento en otras legislaciones. Posiciones doctrinales Posiciones jurisprudenciales	Análisis de textos, Categorización, Triangulación y Teoría Fundamentada Entrevistas
	Capacidad procesal de las personas menores de edad	Y la aptitud de una PME para ejercer por sí mismo los actos dentro del proceso	Funcionamiento en otras legislaciones. Posiciones doctrinales Posiciones jurisprudenciales	Análisis de textos, Categorización, Triangulación y Teoría Fundamentada Entrevistas

Instrumentos

Matriz General para el diseño de instrumentos

Objetivos	**Variables**	**Técnica (cómo)**	**Instrumento (con qué)**	**Sujetos y Fuentes de Información Y muestra**
Esbozar los alcances de la implementación de la figura de la autopostulación y el otorgamiento de capacidad procesal de las personas menores de edad, con la entrada en vigencia del nuevo	Alcances de la implementación de la figura de la autopostulación.	Revisión documental	Ficha bibliográfica, tabla comparativa Matriz de análisis.	Proyecto de ley 19455 Ley 9747 Doctrina - Reforma procesal - Sistema procesal - Principios

Código Procesal de Familia.	Otorgamiento de capacidad procesal de las personas menores de edad	Revisión documental	Ficha bibliográfica, tabla comparativa Matriz de análisis.	Proyecto de ley 19455 Ley 9747 Doctrina - Reforma procesal - Sistema procesal - Principios
Cuestionar la conveniencia de la implementación de la figura de la autopostulación y capacidad procesal de las personas menores de edad, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia	Posiciones sobre la implementación de la figura de la figura de la autopostulación, y;	Revisión documental	Matriz de análisis	Doctrina - Reformas procesales - Implicaciones - Definición Jurisprudencia. - Definición jurisprudencial Ley 9747
		Entrevista no estructurada	Instrumento guía	Jueces de juzgados de familia. Jueces de Tribunal de Familia Litigantes con amplio recorrido en la materia de Familia.
		Derecho comparado	Tabla comparativa	Chile-Costa Rica
	Capacidad procesal de las personas menores de edad	Revisión documental	Matriz de análisis	Doctrina - Reformas procesales - Implicaciones - Definición Jurisprudencia. - Definición jurisprudencial Ley 9747

		Entrevista no estructurada	Instrumento guía	Jueces de juzgados de familia. Jueces de Tribunal de Familia Litigantes con amplio recorrido en la materia de Familia.
		Derecho comparado	Tabla comparativa	Chile-Costa Rica
Sintetizar sobre las diferentes posiciones y preocupaciones con respecto a implementación de la figura de la figura de la postulación y capacidad procesal de las personas menores de edad, previo a la entrada en vigencia de la norma.	Posiciones sobre la implementación de la figura de la figura de la autopostulación, y;	Revisión documental	Matriz de análisis	Normas procesales de diferentes legislaciones Doctrina - derecho comparado - Instrumentalidad - Acceso a la justicia - Interés superior PME Jurisprudencia - Instrumentalidad - Acceso a la justicia - Interés superior PME
		Entrevista estructurada	Cuestionario	Jueces de juzgados de familia. Jueces de Tribunal de Familia Litigantes con amplio recorrido en la materia de Familia.
		Derecho comparado	Tabla comparativa	Chile-Costa Rica
	Capacidad procesal de las personas menores de edad	Revisión documental	Matriz de análisis	Normas procesales de diferentes legislaciones Doctrina - derecho comparado - Instrumentalidad

				- Acceso a la justicia - Interés superior PME Jurisprudencia - Instrumentalidad - Acceso a la justicia - Interés superior PME
		Entrevista estructurada	Cuestionario	Jueces de juzgados de familia. Jueces de Tribunal de Familia Litigantes con amplio recorrido en la materia de Familia.
		Derecho comparado	Cuestionario	Jueces de juzgados de familia. Jueces de Tribunal de Familia Litigantes con amplio recorrido en la materia de Familia.

Revisión documental

Para Escudero y Cortez (2017) la revisión documental es:

> aquella estrategia orientada a revisar y reflexionar sistemáticamente las realidades teóricas de diferentes fuentes y campos de la ciencia, indagando e interpretando sus datos, valiéndose de métodos e instrumentos que ayudan a obtener resultados que pueden sustentar el desarrollo de la creación científica". (p. 20)

Para la presente investigación será de especial relevancia, por cuanto se pretende analizar el Código Procesal de Familia que pronto entrará a regir, así como distintas normativas que la complementen y le dan fundamento como la Constitución Política, instrumentos internacionales y el mismo Código de Familia.

Esto con el fin de determinar su alcance, así como las distintas críticas que se plantean alrededor de su implementación que, si bien mucha puede no estar ya plasmada de forma

documental, existe, por lo que se debe tomar en cuenta para exponer un panorama completo de todas las vertientes y criterios que se exponen

Entrevista no estructurada

Como se explica en el apartado anterior, el Código no esté en vigencia en este momento, dificulta encontrar criterios determinantes contrapuestos plasmados en documentos. Por lo que es claro que, para obtener un buen resultado de esta investigación, se debe echar mano de diferentes tipos de entrevistas a doctrinarios, litigantes y jueces que estén cerca de la materia para así conocer el punto de vista de estos, específicamente en cuanto a la implementación de la autopostulación y la capacidad procesal a personas menores de edad.

Se decanta por la entrevista no estructurada en este espacio, pues lo que se pretende es otorgar libertad al entrevistado para desarrollar sus ideas sobre las figuras que plantea la norma procesal. Y así obtener un mayor espectro de posturas que puedan ser analizados en conjunto. Sobre este tipo de entrevista se ha expuesto lo siguiente:

> Por eso, la entrevista no estructurada es el instrumento que nos permitirá aproximarnos de forma más natural y abierta a los sujetos de nuestra población de estudios, sin que se sientan irrumpidos ni examinado, de manera tal de ir logrando la confianza y el vínculo necesario que toda recolección de información necesariamente demanda. Uno de los rasgos más significativos de la entrevista no estructurada es el de no establecer previamente las preguntas ni confeccionar guiones (Valles: 1997); lo conveniente es poder abordar los temas de interés para el investigador desde un elemento disparador de modo sencillo y voluntario, para que los sujetos puedan explayarse libremente y lograr así una conversación desde sus propios intereses. (Valles 1997 citado por Trindade, 2017, p.3)

Derecho comparado

> Sobre el derecho comparado se ha expuesto que:
> El Derecho Comparado ofrece al investigador, al profesional, al estudiante de Derecho, al legislador y al juez, una perspectiva distinta, pero que puede responder a las razones por las que los grupos sociales adoptan o no una regla o principios jurídicos determinados en momentos específicos. No solo es un “instrumento formidable” en su formación, sino un “potente instrumento epistemológico”, pues ayuda a descubrir la discontinuidad entre regla

> y definición, enunciado y aplicación, poniendo en evidencia los datos profundos y relativamente constantes del propio ordenamiento. (Gambaro y Sacco, 2010, citado por Cáceres, p. 3)

Estando presentes ante un tema del cual ya muchas legislaciones cuentan con años de experiencia y de la que existen criterios tanto a favor como en contra, es necesario reservar un espacio en esta investigación para realizar la comparación entre estas legislaciones y la costarricense. Con el fin de lograr una visión más amplia del problema, y otorgar al lector mayores herramientas para establecerse una postura clara.

Entrevista estructurada

Para Trindade (2017), este tipo de entrevista se basa en una serie de preguntas preestablecidas e invariables que están plasmadas en un cuestionario guía. Aquí "el entrevistador realiza su labor siguiendo una guía de preguntas específicas y se sujeta exclusivamente a ésta; el instrumento prescribe qué cuestiones se preguntarán y en qué orden" (p. 3).

Es importante obtener conclusiones puntuales sobre el objeto de la presente investigación, por esto es por lo que se debe realizar una serie de entrevistas estructuradas a personas afines a la materia como jueces, jueces superiores, y litigantes, que puedan mostrar su punto de vista de forma clara, sin que pueda existir alguna confusión de sus argumentos con su idea final.

Sujetos y fuentes de información

Primarias.

1. Personas juzgadoras con amplia experiencia en materia de familia.
2. Personas Litigantes especializadas en materia de familia.
3. Redactores del Código Procesal de Familia.

Secundarias.

1. Proyecto de ley 19455.
2. Ley 9747.
3. Doctrina sobre la Reforma procesal.
4. Doctrina sobre el Derecho de Familia en general.

5. Doctrina sobre el Sistema Procesal de oralidad.
6. Doctrina sobre distintas legislaciones.
7. Jurisprudencia principios procesales.

Recolección y Análisis de Información

La noción se refiere al proceso y el resultado de recolectar (reunir, recoger o cosechar algo). Un dato, por su parte, una información que permite generar un cierto conocimiento. Esto quiere decir que la recolección de datos es la actividad que consiste en la recopilación de información dentro de un cierto contexto. Tras reunir estas informaciones, llegará el momento del procesamiento de datos, que consiste en trabajar con lo recolectado para convertirlo en conocimiento útil (Pérez et al., 2014).

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS

Con el fin de responder al objetivo general planteado en la presente investigación, y sus derivados en objetivos específicos, es necesario examinar los resultados de los datos obtenidos de toda la recopilación de información y antecedentes, a los que le fue dado un tratamiento y un enfoque cualitativo. Para lo cual se expondrán los datos útiles para su análisis de la forma más ordenada y comprensible que permite el formato, lo que permitirá arrojar las conclusiones claras de los datos que las originan.

Para esto se expondrán los resultados y sus hallazgos separados en temas generales, lo que permitirá una mejor lectura de las conclusiones que se pretende trasmitir.

Resultados Objetivo Número Uno

Alcances del Principio de Autopostulación Procesal con la Reforma Procesal de Familia

Definición y alcances. Es menester enfatizar que en este momento los procesos en materia de Familia deben ser interpuestos con la autenticación de un patrocinio letrado, o al menos su mayoría, como se ha explicado anteriormente. Esto es lo que dice el artículo 114 del Código Procesal Civil (Ley 7130) vigente para la tramitación de procesos de familia, según artículo único de la Ley de vigencia transitoria para procedimientos de familia (Ley 9621) que establece que "Se mantendrá la vigencia de la Ley N.º 7130, Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989, para la tramitación exclusiva de los procesos en materia de familia, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia". La cual entrará a regir a partir del 1 de octubre (Ley 9904).

> Todos los escritos, para surtir efectos procesales, deberán llevar firma de abogado que autentique la del petente. Si se omitiere ese requisito, el abogado deberá autenticarlo dentro del plazo de tres días, lo que hará en el tribunal y ante el secretario, quien dejará constancia de ese hecho, y de la hora y la fecha en las que se lleve a cabo. De no hacerlo así, la gestión será denegada. (Ley 9621, art.1)

El principio de autopostulación hace referencia a que "en palabras sencillas, consiste en la posibilidad de que las partes puedan actuar dentro del proceso sin la necesidad de que sean

patrocinados por un abogado" (Tribunal de Familia Materia Violencia Domestica, Voto 31-2016, 27 de enero 2016).

Benavides (2020) explica cómo se define la autopostulación procesal y como se da el tratamiento en el nuevo Código:

> Debemos mencionar que en términos generales el debido proceso se asocia a contar con un patrocinio letrado. Ahora bien, en el caso del sistema procesal de familia, nos debemos preguntar si es parte del debido proceso contextualizado que en algunos casos se exija el patrocinio letrado y en otros no, y que para algunos casos se prevé un cuerpo de defensores públicos y para otros casos no. (Benavides, 2021, p.151)

El Código Procesal de Familia implementa la figura de la autopostulación en el artículo 50 de la siguiente forma.

> Artículo 50- Excepción al patrocinio letrado. Toda persona deberá comparecer al proceso con patrocinio letrado, excepto en los siguientes procesos:
>
> 1) Resolutivos familiares que no producen cosa juzgada material.
>
> 2) Petición unilateral.
>
> 3) Relativos a la materia de pensiones alimentarias.
>
> 4) Protección cautelar.
>
> 5) Ejecución de fallos de asuntos que no producen cosa juzgada material.

Sobre los procesos resolutivos familiares, el Código en el artículo 222 establece que son pretensiones que se deban conocer en este proceso las siguientes:

> Pretensiones. En el proceso resolutivo familiar se conocerán las pretensiones contenciosas relacionadas con:
>
> 1) El vínculo matrimonial.
>
> 2) El reconocimiento de la unión de hecho.
>
> 3) La aplicación del régimen patrimonial del matrimonio y de la unión de hecho.

4) La filiación y la oposición de la adopción.

5) La oposición a la declaratoria de adaptabilidad en sede administrativa, regulada en el artículo 295 de este Código.

6) Los conflictos en el ejercicio de los atributos de la responsabilidad parental, incluidos los referidos al cuidado personal de hijas e hijos y modificaciones de sentencias sobre estas pretensiones.

7) La terminación con o sin fines de adopción y la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental.

8) La pérdida, con petición o no de adaptabilidad, y la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental.

9) La oposición válida y definida por la autoridad judicial a la solicitud de salvaguardia para la igualdad jurídica de personas con discapacidad.

10) Los reclamos de daños y perjuicios.

11) Cualquier otra que indique la ley.

En cuanto al artículo 50.1 y 50.2, habla el código que producen cosa juzgada los siguientes supuestos:

Artículo 89- Carácter de cosa juzgada. La sentencia dictada en el proceso resolutivo familiar y cualquier otra resolución que indique la ley produce cosa juzgada material, salvo lo relativo a guarda, crianza y educación, la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental y la que resuelva el sistema de interrelación familiar o cualquier conflicto familiar que puedan ser modificados con posterioridad por el cambio de circunstancias en el ámbito familiar.

En cuanto al 50.2, el Código referencia que son procesos de petición unilateral los siguientes:

Artículo 242- Aplicación del procedimiento. Se tramitarán como procesos de petición unilateral los siguientes:

1) Nombramiento de personas tutoras para personas menores de edad, en aquellos casos en que no se ha establecido como pretensión subsidiaria de un proceso de terminación de los atributos de la responsabilidad parental.

2) Salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, conforme al capítulo 11 de este título.

3) Nombramiento de personas depositarias para personas menores de edad, en los casos en los cuales no corresponde el nombramiento como medida subsidiaria en procesos judiciales relativos a la resolución de la responsabilidad parental de los padres.

4) Autorizaciones para la disposición de derechos en bienes de personas menores de edad o personas con discapacidad.

Resulta importante conocer lo que para Benavides (2020) deben ser considerados como procesos que producen cosa juzgada material.

> De acuerdo con la lista al artículo 222 CPFY los demás casos que el código refiere cuáles procesos son resolutivos, debemos precisar en primer término a nuestro juicio, que producen cosa juzgada material el divorcio y la Unión de Hecho. La separación judicial está en un estado intermedio puesto que lo decidido en cuanto al estado familiar puede dejarse sin efecto ante la reconciliación, más la decisión de gananciales se mantiene. Esto quiere decir que lo del Estado familiar se puede cambiar, pero lo de bienes no. (Benavides, 2020, p.153)

Al respecto de esta postura, establece el Código de Familia lo siguiente en cuanto a la separación judicial, y el cese de sus efectos:

> La reconciliación de los cónyuges le pone término al juicio si no estuviere concluido y deja sin efecto la ejecutoria que declare la separación. En ambos casos los cónyuges deberán hacerlo saber conjuntamente. En cuanto a bienes se mantendrá lo que disponga la resolución, si la hubiere. (Artículo 63 Código de Familia)

Además, establece de forma clara los supuestos en los que considera que debe aplicar el patrocinio letrado y en los que no:

> Por otra parte, las decisiones sobre el régimen patrimonial del matrimonio producen cosa juzgada material, lo mismo que los daños y perjuicios. Igual los procesos sobre temas de filiación. Desde luego que producen cosa juzgada material, por lo determinante de lo que disponen, lo relativo a la terminación de responsabilidad parental y las oposiciones de adaptabilidad y a la adopción, pero no se requiere patrocinio letrado la modificación de fallo, las modificaciones y suspensiones de responsabilidad parental, la guarda, las visitas, las salidas del país, las oposiciones a la tutela, depósito o disposiciones de bienes de personas menores o de personas con discapacidad así como la oposición a la salvaguarda. Todas estas decisiones pueden ser modificadas. Es su naturaleza ante la posibilidad de tener que remover el tutor o que deba cambiarse el depositario o bien que deba modificarse algún punto sustancial de lo autorizado para la disposición de bienes. Lo mismo ocurre con el resolutivo del artículo 260 respecto a la validez y extensión de un acuerdo sobre pensiones alimentarias. La naturaleza de las decisiones sobre pretensiones alimentarias y su mutabilidad hacen que este resolutivo no produzca cosa juzgada material. (Benavides, 2020, p.153)

También resulta importante analizar ya el criterio vertido por el Tribunal de Familia en cuanto a los alcances del principio de la autopostulación:

> Por último, es necesario aclarar al recurrente que el principio de autopostulación procesal que rige en la materia de Violencia Doméstica, en nada implica que un abogado tenga facultades de firmar documentos en nombre de la parte sin que medie el debido mandato o poder, por el contrario, el principio evocado establece que podrá la parte actuar por sí sola personalmente sin que se pueda requerir patrocinio letrado, si así lo estima mejor para sus intereses. Tampoco puede obviarse, en virtud de los principios de sencillez e Informalidad, que no es factible actuar en nombre de otro sin que exista un mandato que así lo establezca, y mucho menos, considerar que si por error el a-quo no advirtió esto, queda autorizado para seguir actuando sin los requisitos legales, tampoco es dable aceptar en este momento la ratificación de actuaciones que realiza el señor [Nombre 001] pues no se encuentra dentro de los tres días que estipula el artículo 561 del Código Procesal Civil, vigente para la materia por disposición de ley 9621. (Tribunal de Familia, Voto 00410 – 2021, 31 de mayo 2021)

En Costa Rica es de las pocas legislaciones que utilizan esta definición para referirse a la posibilidad de que las partes acudan a los tribunales sin el requisito de ser representadas por un abogado o abogada, sino que se limita a hacer referencia a que rige el principio de gratuidad. Sin embargo, existe un problema en ese sentido pues no queda claro cuáles son los alcances de la gratuidad en cada materia.

Pues en este momento se hace referencia a que en la jurisdicción nacional rige el principio de gratuidad para los procesos de familia, sin embargo, no es aplicable la autopostulación como ya se ha indicado. Al respecto, explica el Tribunal de Familia los alcances del principio de gratuidad que rige la materia:

> El derecho de familia se rige por principios que giran en torno a dicha garantía constitucional. Uno de los cuales es la gratuidad de la materia. Así pues, el artículo 6 del Código de Familia establece la exención del pago de impuestos de papel sellado y timbre fiscal en todos los actos jurídicos o administrativos que se realicen con motivo de la aplicación de las normas de dicho Código. Pero eso no queda ahí, ese principio se ha extendido a otros cuerpos legales aplicables a la materia, tales como el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el artículo 11 de la Ley de Pensiones Alimentarias y en general, muchas disposiciones más. Este principio de gratuidad, y del carácter social de la materia de familia, permite al Juez no aplicar las normas procesales, e incluso de fondo, bajo un rigorismo absoluto, y es precisamente el caso que nos ocupa. (Voto 296-2016 Tribunal de Familia, 07 de abril de 2016)

También López (2010), hace referencia al principio de gratuidad de la siguiente forma:

> El principio de gratuidad se dirige a hacer efectivo los derechos constitucionales, fundamentales, de igualdad y de acceso a la justicia, ello no significa que aquellos gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes, tengan igualmente que someterse al principio de gratuidad. (p. 51)

Sobre este principio, El Tribunal explica que este rige también en cuanto a los honorarios de peritos, los cuales según el caso concreto deben ser readecuados de forma en que no sean un impedimento al acceso a la justicia de las personas:

Estamos en presencia de unas diligencias de utilidad y necesidad tramitadas dentro de un expediente de insania. La resolución apelada, como se expuso, fija la readecuación de los horarios del perito que hace la valoración de la finca objeto de las mencionadas diligencias. Este informe corre a folios del 40 al 50. Ahora bien, este Tribunal ha sido reiterativo en sus fallos en que, por la naturaleza de la materia, por los principios que la rigen, entre ellos el principio protector, los honorarios de perito, y cualquier otro tipo de honorario que deban fijarse, deben ser fijados prudencialmente, y no bajo la aplicación rigurosa de tablas o decretos que fijen los emolumentos de los diferentes profesionales que participan en el proceso, y es lo que debe hacerse en este caso. Los honorarios del perito, una vez analizada la actuación del mismo, el valor de la finca fijado por el profesional a cargo y la situación de los promoventes de este proceso, se deben fijar prudencialmente en la suma de trescientos cincuenta mil colones, suma a la cual deberá de deducirse lo ya depositado por la promovente. Resolver de otra forma (no de forma prudencial) seria condenar a muchas personas a no tener acceso a la justicia, lo cual iría en abierta violación a la garantía contenida en el artículo 41 de la Constitución Política. III.- Así las cosas, lo procedente en este caso es modificar la resolución recurrida en lo que fue apelado, y en su lugar se deben fijar los honorarios del perito en la suma de trescientos cincuenta mil colones. (Voto 296-2016 Tribunal de Familia, 07 de abril de 2016)

Conviene también citar lo que explica la Sala Constitucional al respecto:

Es evidente que el principio de gratuidad tiene por objeto facilitar el acceso de las personas a los Tribunales sin que la sola condición económica constituya un obstáculo que dificulte o impida la satisfacción de las pretensiones aducidas. Así pues, las instituciones procesales deben estructurarse de tal manera que el aspecto económico no tienda a alejar de los Tribunales a los interesados y los fuerce a transar o negociar con la contraparte más fuerte monetariamente, sino que les garantice sus derechos de accionar en defensa de sus intereses. Cuando el artículo 34 faculta el embargo de los bienes del demandado, lo cual coloca a éste en una situación perjudicial y desventajosa, explicable si la demanda se declara con lugar. (Sala Constitucional, Voto 1220-1990, 02 de octubre de 1990)

Capacidad Procesal de las personas menores de edad con la Reforma Procesal de Familia

Definición y alcances de la capacidad procesal de las personas menores de edad con la Reforma Procesal de Familia. Sobre la capacidad procesal, el Código Procesal de Familia establece que:

> En los procesos de las jurisdicciones familiares se presume la capacidad procesal de toda persona que es parte. Aquellas personas que por disposición de ley o por su condición personal no tengan capacidad procesal y las personas jurídicas actuarán por medio de legítima representación. Salvo motivos de imposibilidad, inexistencia o por ser innecesaria esa representación legítima, actuarán mediante representación nombrada a tal efecto. (Artículo 40, Código Procesal de Familia, 2020)

Sobre esto explica Benavides (2020) de la siguiente forma:

> Ahora bien, en cuanto a la capacidad procesal, entonces, el artículo 40 indica que en los procesos de las jurisdicciones familiares se presume la capacidad procesal de toda persona que es parte. aquellas personas que por disposición de ley o por su condición personal no tengan capacidad procesal y las personas jurídicas actuarán por medio de legítima representación. Salvo motivos de imposibilidad inexistencia o por ser innecesaria esta representación legítima, actuarán mediante representación nombrada tal efecto. Está implícito, aún y cuando no se dice, que hay casos en que tenemos una capacidad procesal apoyada. (p.112)

El artículo 41 del Código Procesal de Familia contiene la forma en la que se regula la capacidad procesal de las personas menores de edad:

> Representación de personas menores de edad. Se reconoce a todas las personas mayores de doce años el ejercicio personal y pleno de la capacidad procesal para el trámite de los procesos establecidos en este Código, sin perjuicio de que prefieran que sus padres u otras personas representantes actúen en su nombre.
>
> Tratándose de personas menores de doce años, la autoridad judicial llamará a quien ejerza la responsabilidad parental o bien, en su caso, a quien asigne el Patronato Nacional de la Infancia (PANI) y, si esta persona no se encontrara disponible en ese momento, podrá nombrársele representación provisional hasta tanto el ente mencionado apersone a la

> persona elegida. No obstante, estas personas podrán ejercer el derecho a ser oídas y participar activamente de manera progresiva y conforme a su capacidad volitiva, según la ley y bajo la apreciación del tribunal, teniendo derecho de acudir personalmente ante este y a que se les atienda de forma personalizada y conforme a sus características etarias, debiendo velar, las personas funcionarias judiciales, por la efectivización de los derechos de las personas menores de edad.
>
> Excepcionalmente, las personas menores de doce años podrán accionar de forma personal. En este caso, para el inicio del proceso el tribunal deberá contar con un informe psicológico del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial, que acredite que la persona menor de edad tiene la capacidad para ejercer dicha acción.
>
> Sobre esta capacidad otorgada, Benavides (2020) explica lo siguiente:
>
> Las personas menores de edad, cuál tales personas que son, pueden ser partes, como sujetos de derecho que son. Ahora bien, se impone el tratamiento de la capacidad procesal de estas, sea por su reconocimiento de la misma en forma personal y plena, o bien por la representación, quedando siempre latente la representación alternativa, o el acompañamiento procesal de los progenitores o representantes legales, pero de todas maneras el acceso pleno al Tribunal para ser escuchados. igual debe visualizarse el asesor legal de la persona menor de edad diferente al de sus padres o representantes. (p. 107)

Es decir, se otorga una capacidad que podría llamarse progresiva a las personas menores de edad. En caso de las personas mayores de doce años, se reconoce capacidad plena para ejercitar sus derechos de forma personal. A las personas menores de doce años, debe existir una persona mayor de edad que le represente que será quien ostente la responsabilidad parental de la persona menor de edad, o bien a un representante del Patronato Nacional de la Infancia. Sin embargo, se reconoce que estas deben ser integradas al proceso, de manera activa y progresiva como lo estime el tribunal.

También, excepcionalmente a las personas menores de doce años, pueden accionar de forma personal, si cuenta el tribunal con un informe del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial, que acredite que su grado de madurez es suficiente para enfrentar el proceso, o ejercer la acción correspondiente.

Sobre este tema establece el artículo 42 del Código Procesal de Familia, que el "Estado garantizará la asistencia y el patrocinio letrado gratuito a las personas menores de edad que carezcan de medios económicos suficientes" (art.42)

Actualidad de la participación de las personas menores de edad en el proceso de Familia. La Constitución Política reconoce a la familia como un elemento fundamental de la sociedad, y por lo tanto goza de una protección especial. Esta se extiende tanto a la madre, las personas menores de edad, adultas mayores y personas con discapacidad.

> La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente, tendrán derecho a esa protección la madre, el niño y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad.

Ahora bien, es con la promulgación del Código de Familia que se le da un cuerpo normativo propio a la materia, con el fin de brindar protección a los derechos de toda la familia. Así se ve reflejado en cuanto establece que "Es obligación del Estado costarricense proteger a la familia" (Artículo 1, Código de Familia, 1973). En adición, el artículo 2 reza que:

> Artículo 2º.- La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código.

Sin embargo, esto se da en una perspectiva doctrinal totalmente distinta, y es con la Convención sobre los Derechos del Niño que se explican las medidas necesarias que deberán tomar los estados, en cuanto a los derechos de las personas menores de edad, estableciendo un cambio importante en cuanto al paradigma:

> Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. (Preámbulo, Convención Sobre los Derecho Del Niño, 1989)

Es debido a lo anterior que, con la creación del Código de Niñez y Adolescencia se dio un primer esbozo en cuanto a lo pretendido en la Convención sobre los Derecho del Niño. Y es que se ve reflejada la intención del legislador de adoptar estas medidas indicadas, dándole un cuerpo

normativo específico en procura de su protección para que puedan asumir su rol ante la sociedad de forma plena.

Para Montejo (2012), los derechos de las personas menores de edad han evolucionado en dos vertientes:

> Tradicionalmente, se han manifestado en doctrina, puntos de vista encontrados para definir la situación jurídica del menor de edad: 1. La consideración del menor como incapaz de modo general, salvo ciertas excepciones previstas en las leyes. 2. La consideración del menor con capacidad de obrar, aunque su capacidad sea limitada o restringida. (p. 26)

En cuanto a la posición actual de las personas menores de edad frente a la sociedad, consideran Alfaro et al. (2016) lo siguiente:

> (…) se les otorga a los padres la posibilidad de decidir con total y absoluta libertad ante determinada situación cuáles son las acciones más convenientes para sus menores. Es así como se les otorga el poder de elegir la educación, los hábitos, los valores y las creencias religiosas que consideren adecuadas sin intervención externa en sus decisiones. Empero, este poder paterno y materno tiene un carácter instrumental según el cual se deben satisfacer únicamente los intereses y derechos intrínsecos de los niños. Es decir, en el ejercicio de la autoridad parental debe privar el respeto al interés superior del niño. (p. 79)

Ejemplo de lo anterior se observa en el artículo 45 del Código de Niñez y Adolescencia, que establece que:

> Artículo 45°- Controles médicos. Será obligación de los padres y las madres, representantes legales o las personas encargadas, cumplir con las instrucciones y los controles médicos que se prescriban para velar por la salud de las personas menores de edad bajo su cuidado; además, serán responsables de dar el uso correcto a los alimentos que ellas reciban como suplemento nutritivo de la dieta.

Sin embargo, en un artículo posterior a este se pude observar cómo existen límites al respecto.

> Artículo 46°- Denegación de consentimiento. Si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas negaren, por cualquier razón, su consentimiento para la

> hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgentes de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos, en los términos del artículo 144 del Código de Familia.

Como se indicaba parte fundamental de la creación del Código de Niñez y Adolescencia se da en el sentido de respetar los principios contenidos en la CDN. Al respecto, se observa lo expuesto referente a la conciliación por el Código de Niñez y Adolescencia.

> Artículo 158°- Presencia durante procesos de conciliación. En todo asunto que se someta a conciliación e involucre los derechos consagrados en este Código, las personas menores de edad afectadas y sus representantes deberán estar presentes, bajo pena de nulidad del acuerdo. Los menores podrán estar acompañados de otra persona de su confianza.
>
> El conciliador deberá escuchar la opinión de las personas menores de edad tomando en cuenta su madurez emocional. Cuando la opinión de un adolescente concurra con la de su representante, será vinculante para establecer el acuerdo.

Al respecto resulta importante mencionar el ámbito de aplicación de esta Ley.

> Artículo 3°- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Código se aplicarán a toda persona menor de edad, sin distinción alguna, independientemente de la etnia, la cultura, el género, el idioma, la religión, la ideología, la nacionalidad o cualquier otra condición propia, de su padre, madre, representantes legales o personas encargadas.
>
> Los derechos y las garantías de este grupo son de interés público, irrenunciables e intransigibles.

Ahora bien, el artículo 102 del Código Procesal Civil (Ley 7130) vigente para la tramitación de procesos de familia, sobre la capacidad procesal, menciona lo siguiente:

> Artículo 102.- Capacidad procesal. Tienen capacidad para ser parte quienes tengan el libre ejercicio de sus derechos. De no ser así, actuarán en proceso mediante representación. Las personas jurídicas actuarán por medio de sus representantes, de conformidad con la ley, sus estatutos o la escritura social.

Por lo que teniendo claro lo anterior, y tomando en consideración lo que explica el artículo 36 del Código Civil sobre que la capacidad "es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o se limita, según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su capacidad legal" (art.36) las personas menores de edad no se cuentan con capacidad procesal en un proceso, al menos de forma personal, como lo explica la jurisprudencia nacional.

Ante esto conviene citar el voto 94-2005 de la Sala Segunda, que sostiene que:

> La necesaria capacidad procesal para actuar en juicio, la exige el artículo 102 del Código Procesal Civil al enunciar: "Tienen capacidad para ser parte quienes tengan el libre ejercicio de sus derechos. De no ser así, actuarán en proceso mediante representación. Las personas jurídicas actuarán por medio de sus representantes, de conformidad con la ley, sus estatutos o la escritura social." De acuerdo con esta disposición quienes tienen limitada su capacidad de actuar personalmente ante los órganos jurisdiccionales con efectos jurídicos en nombre propio o por cuenta de otros, como los incapaces legales o los menores de edad, pueden ser parte en un juicio como demandantes o demandados, pero actúan por medio de sus representantes legales. La figura de la representación se encuentra asociada con el contrato de mandato que regula el Código Civil y por virtud del cual una persona actúa a nombre de otra, pero haciendo recaer sobre la primera, los efectos jurídicos de su gestión. Específicamente, en el ámbito procesal, Cabanellas dice que es aquella voluntaria o forzosa que una persona ostenta para actuar en juicio en nombre de otra, ya por no litigar personalmente, ya por requerirse la especial intervención de quién posee determinadas cualidades. CABANELLAS (Guillermo) Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Vol. VII, R-S, Buenos Aires, Editorial Eliasta SRL, p. 159. Para rebatir la falta de capacidad procesal de quien actúa en juicio o la representación con la que se actúa, a la parte contraria le está conferida la excepción previa contenida en el artículo 298 inciso 2), del Código Procesal Civil, de falta de capacidad o defectuosa representación. (…) En forma reiterada esta Sala ha mencionado que cuando el inciso 7) del artículo 619 citado habla de "indebida representación" se refiere a la ilegítima integración del proceso en aquellos casos en que, alguna de las partes, en razón de su naturaleza jurídica o de su situación particular, debe actuar a través de otra persona, a efecto de que su derecho de defensa sea debidamente

> tutelado, cual sucede en el caso de las personas jurídicas, los menores de edad, los incapaces legales y las sucesiones. En tales casos, la litis debe quedar integrada con el representante con poder suficiente para actuar en juicio a nombre de esas personas, porque si la representación no es la debida, porque no existe personería o quien la ostenta no tiene facultades suficientes para actuar a nombre de su representado, se produce una imperfección en la integración del juicio, en perjuicio del derecho de defensa de la parte sin capacidad procesal y ello impide dictar una sentencia válida. (Sala Segunda, Voto 94-2005, 16 de febrero de 2005)

Hallazgos objetivo número uno

Sobre los alcances del Principio de Autopostulación Procesal con la Reforma Procesal de Familia

En consideración con la normativa y jurisprudencia citada, es claro que la inclusión del principio de autopostulación procesal en el Código Procesal de Familia, resulta una de las reformas más importantes. Ya que en este momento la mayor cantidad de procesos relativos a esta materia deben ser interpuesto mediante una representación letrada. Procesos como Divorcio, Separación Judicial, Nulidad de Matrimonio, Régimen de Interrelación Familiar, Definición de Guarda de Persona Menor de Edad, Suspensión de Responsabilidad Parental, por citar algunos.

Este principio puede ser definido en palabras simples como la posibilidad de que las partes se presenten al proceso sin la necesidad de que un representante legal los asesore y asista en el proceso.

En cuanto a la forma en la que el Código Procesal de Familia implementa esta figura es mediante el establecimiento de una excepción. Ya que todos los procesos en los que no se contenga esta indicación, deberán contar con el requisito de la representación de un abogado o abogada durante el proceso. Al respecto de los procesos que más sufren este cambio son los procesos resolutivos familiares, en los que no se produzca cosa juzgada material.

En cuanto a los demás procesos que establece el Código, como los de petición unilateral, materia de pensiones alimentarias, protección cautelar, y ejecución de fallos que no produzcan cosa juzgada material, no hay mayor cambio pues actualmente estos se rigen bajo el principio de autopostulación, como lo son los procesos de Depósitos Judiciales, Salvaguardias, Utilidad y

Necesidad de personas menores de edad o personas con discapacidad y los procesos relativos a Pensiones Alimentarias. Los cuáles serán renombrados de la forma que se explica.

Un aspecto positivo que se rescata de la redacción de este artículo es que queda totalmente claro que la aplicación del principio de autopostulación es de forma completa, como se indica en los procesos relativos a Pensiones Alimentarias. Pues, como se explicaba anteriormente, la forma en la que dispuso la Ley de Pensiones Alimentarias la posibilidad de actuar sin representación letrada en el proceso, si es presentado el escrito de forma personal -que valga decir que pudo haberse dado como una extralimitación al espíritu de la ley en ese sentido- permite que se realicen distintas interpretaciones y el perjudicado siempre será el usuario, como en el caso que sea promovido el proceso por una persona privada de libertad, quien no podrá suscribir el documento y presentarlo de forma personal.

Resulta importante destacar que los procesos de Autorización de Salida del País, los cuales actualmente se tramitan “sin las formalidades del proceso” serán tramitados ya no por esta vía rápida que se realiza, sino por la vía “ordinaria” del Resolutivo Familiar. Por lo cual deberá ser hasta que entre en vigencia la Ley, que se deberá entrar a analizar si este cambio fue dado en procura de una mayor celeridad o tutela de derechos.

Sobre este proceso que se menciona, el Resolutivo Familiar, el Código explica que es el más amplio por lo tanto el más garantista, como se puede observar en el artículo 218 del CPF que, como ejemplo a lo expuesto, indica que “Únicamente en el proceso resolutivo familiar, definidos los hechos y las pretensiones, se admitirá la ampliación de los hechos cuando es presentada en la audiencia de prueba, antes de su recepción, de lo cual se conferirá audiencia a la parte contraria” (art.218). Por lo que queda claro que este proceso sería el proceso con más complejidad y el más extenso que se prevé en esta nueva ley.

Por la forma de su redacción, queda claro también, que serán las personas juzgadoras quienes se encargarán de definir en el inicio de cada proceso si es posible o no aplicar la dispensa del requisito y aplicar el principio de autopostulación, porque cada caso concreto, dependiendo de sus pretensiones, se deberá categorizar para darle el tratamiento adecuado.

Por lo que la labor del Tribunal de Familia será importante en la definición y establecimiento de las medidas correctas para su interpretación y unificar un criterio al respecto. O

también mediante circulares y demás mecanismos que el mismo Poder Judicial estime. Pero hasta el momento serán los juzgados quienes interpretarán de la forma en que consideren, generando posiblemente una situación de inseguridad jurídica que requiera algún tipo de intervención.

La delimitación de la competencia por territorio de los Juzgado de Familia del país es un claro ejemplo del ejercicio de esta labor por parte del Tribunal, el cual no se duda que mediante la jurisprudencia aclare estos aspectos, y fije de forma clara esta división.

La materia de familia ha sido desarrollada por medio de principios, los cuales, como se ha visto, han sido desarrollados por la jurisprudencia en su mayoría, pues grandes cantidades de autores que se dediquen a ampliar criterios y desarrollar estos temas, en la materia de familia, son escasos.

El principio de gratuidad es uno de ellos, sin embargo, si bien el fin es el mismo, permitir a las partes acceder a la justicia sin que exista un impedimento económico de por medio, no se puede entender como un mismo instituto. La gratuidad hace referencia a un aspecto más amplio, en el que se establece que deben existir dispensas de requisitos, como lo son timbres, honorarios de peritos, y cualquier situación que pueda representar un obstáculo para que las partes puedan encontrar resuelto su conflicto.

Estos principios, sumado al de la informalidad muchas veces han sido mal entendidos como una vía libre para presentar sus acciones de manera incorrecta y la flexibilidad de los tribunales debe ser aplicada en estos casos. Sin embargo, existen requisitos mínimos establecidos para que el proceso se desarrolle de forma correcta y por el contrario a lo que se pretende, esto pueda perjudicar el ejercicio de los derechos de la persona interesada.

Sobre los Alcances de la Capacidad Procesal de las Personas Menores de Edad

La capacidad procesal es la aptitud que poseen las personas de presentarse de forma personal a un proceso, por el contrario, se estaría en frente de una figura de sucesión procesal, o bien de representación. Esta es una derivación de la capacidad jurídica, y su relevancia radica en la forma en la que figura como presupuesto para determinar su validez dentro del proceso.

La novedad que trae consigo el Código Procesal de Familia no es al respecto de que las personas menores de edad puedan ser parte del proceso, sino que se les faculte de accionar de forma

personal en los procesos que representen un interés. Es decir, que pueden demandar, ser demandados, actuar de las formas que estipule el procedimiento. En general, ser parte del proceso, no solo desde una perspectiva pasiva, en la que se debe tomar en cuenta su opinión al respecto de decisiones, como la separación de sus padres, y la forma en que ejercerán los atributos de autoridad parental sobre él, sino una posición activa en la que debe ser integrado al proceso, con las mismas atribuciones que ostentaría una persona mayor de edad, legitimada para ese fin.

El modelo en el que la reforma establece esta participación de las personas menores de edad se da en lo que se puede llamar como una capacidad progresiva y contextualizada, como lo mencionan sus redactores. En ese sentido, se puede dividir en tres situaciones diferentes, la primera se trata de las personas mayores de doce años, pero menores de dieciocho años.

Se establece que estas gozarán el ejercicio personal y pleno de su capacidad procesal, para el trámite de los procesos establecidos en el Código. Sin embargo, estos pueden delegar esta capacidad en sus representantes, tal y como es realizado en la actualidad, pero parece que será una indicación expresa por su parte, por lo que se ve un incremento en la participación desde el inicio del proceso. Es decir, que ya no se presume la representación de la persona menor de edad por su padre o su madre, sino que deberá hacerlo saber iniciado el proceso. Además, que podrá delegar esta función en cualquier persona que así lo considere la persona menor de edad.

El segundo supuesto es en cuanto a las personas menores de doce años, a las cuales los tribunales deberán garantizarles una adecuada representación, sea por medio de quien ejerza la responsabilidad parental o bien, por una persona que asignará el Patronato Nacional de la Infancia. En caso de que esta persona no se encuentre disponible también se podrá nombrar de forma provisional una representación hasta que el PANI apersone a una persona para este fin.

No obstante, a lo anterior, se hace referencia a que estas personas podrán ejercer el derecho a ser oídas y participar activamente de manera progresiva y conforme a su capacidad volitiva, según la ley y bajo la apreciación del tribunal. Se hace referencia a que podrán presentarse de forma personal al tribunal, y a que se les atienda de forma igualmente personalizada.

Por último, se indica que las personas menores de doce años excepcionalmente podrán gozar de plena capacidad procesal, siempre y que se cuente por parte del Departamento de Trabajo

Social y Psicología, con un dictamen que acredite que la persona menor de edad goza de la capacidad, madurez y desarrollo suficiente para ejercer la acción en cuestión.

Importante rescatar que en caso de que la persona menor de edad delegue la representación en alguno de sus padres, deberá ser visualizado siempre una representación legal de la persona menor de edad distinta a la de sus padres, o representantes. Al respecto, el artículo 42 del Código, explica que será el Estado quien deberá garantizar asistencia y patrocinio letrado gratuito a las personas menores de edad que no cuenten con los recursos suficientes para asumir este costo. Sin embargo, a la fecha no se cuenta con certeza de qué entidad estatal asumirá esta labor. Se cree que puede ser una Sección especializada de la Defensa Pública, o bien será una función del Patronato Nacional de la Infancia, pero no es claro el desarrollo en ese sentido, a pocos meses de la entrada en vigor de la Ley.

Lo que es claro es que esta decisión, y la forma que establece el Código es un cambio importante sobre los derechos que poseen las personas menores de edad en cuanto a los procesos judiciales que tienen intereses. A pesar de que desde la Constitución se establece el deber del Estado de garantizar una protección a toda la familia, y mediante la promulgación del Código de Familia se encamina esta acción, no es hasta la creación de la CDN que se obligan los Estados a garantizar un mayor respeto a los derechos de esta población, además de una noción diferente sobre la posición que mantienen respecto a la sociedad.

La Convención es dada con una perspectiva doctrinal distinta con la que los mecanismos de protección de derechos de personas menores de edad son concebidos, por lo que su adopción saca a la luz la necesidad de una normativa que vaya acorde con la protección de los derechos de estas personas, y alineada a la doctrina de la protección integral que se mantiene.

Con la creación del Código de Niñez y Adolescencia es que se adaptan estas medidas a las que se obliga el Estado, como son los principios de la niñez que se impregna en toda la Convención, sin embargo, se realiza de forma tímida, pues no se expone de forma clara en la que participarán las personas menores de edad frente a la sociedad para que así puedan desarrollarse como miembros activos de esta de forma satisfactoria.

Con la legislación actual, que ha sufrido pocos cambios tan sustanciales como lo fue el Código de Niñez y Adolescencia, según la doctrina, son los padres en su ejercicio de los atributos

de la autoridad parental de las personas menores de edad que tiene la decisión de todos los aspectos, desde los más básicos hasta los que forman parte de su personalidad. Sin embargo, con la noción ya explicada, esta función debe ser dada en acuerdo de los intereses de las personas menores de edad, privando siempre el interés superior del niño.

Este respeto a sus derechos, y en especial al derecho a ser escuchado, se refleja en las disposiciones del CNA en cuanto a el procedimiento para conciliar cuando se afecten los intereses de una persona menor de edad. Tanto que en caso contrario acarreará pena de nulidad ese acuerdo. A pesar de esto, a la práctica no en todos los procesos donde se afecten intereses de esta población, son incluidos en la celebración de la conciliación. En algunos supuestos las personas menores de edad se presentan a ratificar los acuerdos, y en algunos juzgados es solicitada la ratificación de una persona mayor de doce años, en procesos de divorcio o separación por mutuo consentimiento.

La legislación actual, por otro lado, no permite a las personas menores de edad accionar ni participar de forma activa en los procesos. Siempre deberá ser mediante la delegación de este derecho en alguna persona que funja como su representante.

Lo anterior se explica con el fundamento de que solo tienen capacidad de ser parte, quienes tengan el libre ejercicio de sus derechos, y en caso contrario, deberán actuar mediante representación. Se hace referencia a que estos son las personas menores de edad y los incapaces legales (situación que fue reformada ya no tan recientemente), podrán ser demandantes y ser demandados, pero siempre actuarán por medio de los representantes que disponga la ley.

Resultados objetivo número dos

Conveniencia de la Implementación del Principio de Autopostulación procesal

Acceso a la justicia como parte del debido proceso. Esta garantía otorgada por el legislador a todas las personas que no tienen posibilidades de sufragar los gastos que representa contratar una representación letrada que le pueda dirigir en el proceso, encuentra su fundamento en el derecho de acceso a la justicia, el cual se contempla en la Constitución Política y en demás instrumentos de Derechos Humanos como se detalla.

El artículo 39 de la Constitución Política reza lo siguiente:

> A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.
>
> No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores. (art. 39)
>
> Al respecto también el artículo 41 indica que
>
> Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes. (art.41)

Mora Mora, sostiene que el acceso a la justicia va de la mano del debido proceso, y que se pueden encerrar distintos derechos reconocidos por instrumentos internacionales entre derecho de petición y justicia. Lo explica de la siguiente manera.

> Por otro lado existe un grupo de principios referidos al derecho de petición y al derecho a la justicia, y sus atributos complementarios, entre los cuales se mencionan el derecho y principio de igualdad, el acceso universal a la justicia para toda persona, indiferentemente de su sexo, edad, color, nacionalidad, origen, o antecedentes o cualquier otra condición social, y el derecho a que esa justicia se administre cumplida y prontamente, aspectos en los cuales no es posible ubicar un sistema idóneo que cumpla con los requisitos del debido proceso. (Mora Mora, 1998, p. 544)

El debido proceso en un concepto que ha sido ampliamente desarrollado tanto por la doctrina como la jurisprudencia, en ese sentido resalta el voto 1739-1992 de la Sala Constitucional que define el debido proceso como un desarrollo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter instrumental o procesal.

> El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las

> necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia. (voto 1739-1992, Sala Constitucional).

El acceso a la justicia resulta un elemento esencial del debido proceso, así como cualquier derecho que se haya reconocido procesalmente. Este se encuentra no solo contenido en la norma de mayor rango nacional, sino que se encuentra plasmada en mecanismos internacionales de Derechos Humanos. Por ejemplo, la Declaración Americana de los Derecho y Deberes del Hombre, establece que:

> Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrado constitucionalmente. (art. 16)

También indica que:

> Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución. (art. 24)

No se puede pasar por alto lo que menciona el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (art. 8.1)

Y el artículo 25.1, en ese mismo sentido, reza que:

> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (art. 25.1)

Este componente también se encuentra en la "Convención de Belém Do Pará" que dispone que:

> Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:
>
> g) El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos. (Artículo 4 inciso g, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer. "Convención de Belém Do Pará" 1994)

Para finalizar, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Airey v. Irlanda, en 1979, sostiene que para que exista un verdadero acceso a la justicia, no se puede entender simplemente con la posibilidad de accionar:

> El objetivo de la Convención [Europea de Derechos Humanos] es garantizar la existencia de derechos prácticos y efectivos, y no teóricos o ilusorios [...] Esto es particularmente cierto con respecto al derecho al acceso a los tribunales, dada la importancia que las sociedades democráticas asignan a la garantía del debido proceso [...] La Corte concluye [...] que la mera posibilidad de presentarse ante el [tribunal competente] no satisface el derecho del peticionante a un efectivo acceso. (Corte Europea de Derechos Humanos, 1979)

Derecho de tener patrocinio letrado. Sumado a lo anterior, estos mecanismos reconocen que la condición económica o social no puede representar un obstáculo para que las personas puedan encontrar reparo en la ley. Se observa claramente en las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad, en la que manifiesta lo siguiente:

> CAPÍTULO II: Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos.
>
> El presente Capítulo es aplicable a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos.
>
> Sección 2ª.- Asistencia legal y defensa pública
>
> 1.- Promoción de la asistencia técnico-jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad

(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico- jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, sin retrasos innecesarios e incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;

En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente;

Y en materia de asistencia letrada a la persona privada de libertad.

(29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia técnica jurídica, consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados y abogadas todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar al acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 4ª del presente Capítulo.

2.- Asistencia de calidad, especializada y gratuita

(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia

(31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad y confidencialidad de los servicios de asistencia y apoyo técnico-jurídicos de calidad, facilitados por las Administraciones Públicas a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

> Las personas menores de edad cuya madre sea víctima de violencia de género o doméstica, tendrán derecho a medidas de asistencia y protección gratuitas.

En cuanto a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 11/90 señaló lo siguiente:

> […] La parte final del art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíbe discriminar por su posición económica y […] en tal sentido 118 el art. 24 de la Convención debe ser interpretado de que, si una persona busca la protección de la ley para hacer valer sus derechos, encuentra que tal posición económica le impide hacerlo, queda discriminado, lo que si constituye una violación a la Convención.

Por lo que queda claro que cualquier tipo de negatoria al acceso a la justicia por parte del Estado a una persona debido a su condición económica resulta una violación al derecho de acceso a la justica.

Sobre la posibilidad de que impedir que sea presentada una demanda, en concreto en sede de Familia, sin la representación letrada establecida, pueda constituir una violación al acceso a la justicia, la Sala Constitucional ha dispuesto que esto no significa que se le esté negando el acceso a la justicia, ya que se debe respetar el procedimiento establecido para cada asunto. Caso contrario en cuanto al tema de Pensiones Alimentarias, donde lo decidido podría acarrear en una limitación a su libertad mediante una orden de apremio.

> Igualmente, en atención a un caso donde se le exigía a una persona detenida la autenticación por un abogado de la demanda del Proceso de Régimen de Visitas que presentó, se resolvió: "… IV.- En el caso concreto, es criterio de la Sala que el hecho de que mediante resolución de las diez horas treinta y ocho minutos del 28 de febrero del 2007, dictada por el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José en el Proceso de Régimen de Visitas No. [VALOR 02], interpuesto por [NOMBRE 01]contra [NOMBRE 02], se le previniera al recurrente, presentar un profesional en derecho que autenticara el escrito de demanda, no significa que se le negara el acceso a la justicia. En casos anteriores, como el que cita el amparado, se han tutelado situaciones como las descritas por él, pero cuando se tratan de asuntos en sede judicial que tienen que ver con su libertad como, por ejemplo, de pensión alimentaria, pero no para cualquier proceso jurisdiccional, como un proceso de divorcio, en

> cuyo caso se deben observar los procedimientos propios de cada asunto, dependiendo la sede. En todo caso, puede recurrir, si ha bien lo tiene, a los asesores jurídicos del centro penitenciario donde se encuentra recluido. En razón de ello, se considera que la situación de desventaja en que eventualmente estaría el amparado, por su condición de privado de libertad, no es tutelable, ya que la prevención realizada no significa una amenaza o restricción a su libertad. En consecuencia, se estima que no se ha producido…" (Sala Constitucional, Voto 08649 – 2015, 12 de junio de 2015)

En cuanto al Proceso Alimentario, y algunos ya mencionados, si existe esta dispensa expresa en la ley, y la jurisprudencia -incluso constitucional- ha reconocido su aplicación.

El artículo 12 de la Ley de Pensiones Alimentarias, establece que

> Las gestiones con motivo de la aplicación de esta ley podrán ser verbales o escritas y no requerirán autenticación si el firmante las presentare personalmente, tanto en primera como en segunda instancia.
>
> Para el desarrollo del principio de gestiones verbales se recurrirá al Código de Trabajo. (art. 12)

Por lo que es claro que se permite que las partes actúen sin representante legal, siempre que las actuaciones sean realizadas de forma personal. Al respecto, la Sala Constitucional ha expuesto lo siguiente.

> En anteriores ocasiones, este Tribunal ha tutelado situaciones similares de acceso a la justicia, cuando se tratan de asuntos en sede judicial que tienen que ver directamente con la libertad de la persona que recurre, en procesos de pensión alimentaria, o bien, un proceso de impugnación de paternidad de quien sí es obligado alimentario. Así las cosas, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de acceso a una justicia pronta y cumplida. En relación con la razonabilidad de los requisitos exigidos para poder acceder a la misma, en lo que interesa, en la resolución número 2005-11532 de las 12:09 horas del 26 de agosto de 2005, reiterada entre otros mediante sentencia N° 2015008649 de las 09:05 horas del 12 de junio de 2015. Se dispuso lo siguiente: "(…) IV.- En el caso concreto, es criterio de la Sala que se negó el acceso a la justicia al amparado, pues el Juzgado de Pensiones Alimentarias de San José ordenó el archivo de su gestión de rebajo del monto

de la pensión alimentaria, porque no autenticó el escrito ni lo ratificó. El amparado se encuentra en una situación de desventaja, en los términos señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues está privado de libertad a la orden de la Juez recurrida, por adeudar tres cuotas alimentarias, lo que evidencia además su dificultad para sufragar los honorarios de un profesional en derecho. Por ello, a juicio de este Tribunal, la autoridad judicial debió ejercer las amplias atribuciones que en su condición de Juez de la República le confieren la Constitución y las Leyes, con el objeto de remover el obstáculo que impide el ejercicio efectivo de ese derecho al amparado. Los principios procesales que imperan en la materia de pensiones, de gratuidad, oralidad, celeridad, oficiosidad, verdad real, sencillez, informalidad y sumariedad conducen a la misma conclusión. Solo por citar una posibilidad, pudo ordenar la presentación del amparado a su despacho a fin de que ratificara el escrito en el que formuló el incidente de rebajo de cuota de pensión alimentaria. Discrepa la Sala de la Jueza recurrida en tanto afirma que lo resuelto tiene asidero en el artículo 12 de la Ley de Pensiones Alimentarias, pues por el contrario, al disponer que las gestiones con motivo de la aplicación de dicha ley podrán ser verbales o escritas y no requerirán autenticación si el firmante las presentare personalmente, tanto en primera como en segunda instancia(…) la norma plasma los principios de gratuidad, informalidad y oralidad y pretende que el acceso a la justicia sea lo más democrático posible, y de esa forma permite la tutela efectiva del derecho de acceso a la justicia del amparado. Por ello, al haberse constatado la infracción del derecho de acceso a la justicia del amparado, el recurso resulta procedente, debiendo proceder el Juzgado recurrido a dar trámite al incidente promovido por el amparado. (…)" (…) No obstante lo anterior, es criterio de esta Sala que se le ha negado con dicha actuación el acceso a la justicia al amparado, pues el Juzgado Contravencional y de Menor Cuantía de Hatillo recurrido, no consideró en serio que el amparado se encuentra en una situación de desventaja, en los términos señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues está privado de libertad a la orden de Juez competente, lo que podría evidenciar su dificultad para sufragar los honorarios de un profesional en derecho y denota la imposibilidad de plantear personalmente el escrito. Por ello, a juicio de este Tribunal, la autoridad judicial debió ejercer las amplias atribuciones que en su condición de Juez de la República le confieren la Constitución y las Leyes, con el objeto de remover el obstáculo que impide el ejercicio efectivo de ese derecho al

> amparado. Los principios procesales que imperan en la materia de pensiones, de gratuidad, oralidad, celeridad, oficiosidad, verdad real, sencillez, informalidad y sumariedad conducen a la misma conclusión. Solo por citar una posibilidad, pudo ordenar la presentación del amparado a su despacho, a fin de que ratificara el escrito en el que formuló sus manifestaciones el 28 de abril del año en curso. Así las cosas, se constata la infracción del derecho de acceso a la justicia del amparado, el recurso resulta procedente, debiendo proceder el Juzgado recurrido a dar trámite a la gestión promovido por el amparado, según corresponda. Razón por la cual se procede a estimar el recurso en cuanto a este extremo. (Sala Constitucional, Voto 08382 – 2017, 06 de junio de 2017)

En resumen, desde el Tribunal Constitucional se reconoce esta figura en la que las partes pueden interponer cualquier gestión referente a la Ley de Pensiones Alimentarias sin la necesidad de que sea autenticado por un abogado o abogada, siempre que sea presentado de forma personal. En los casos que resulte este requisito como un obstáculo para que sea ejercitado el derecho, deberán los tribunales procurar una solución efectiva que pueda permitir a la persona acceder a la justicia.

Siguiendo la línea de lo que se plantea, en el Código de Familia también existe una mención como la que existe en materia de Pensiones Alimentarias. Este se encuentra en el artículo 7, el cual reza de la siguiente forma:

> Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a la ley. (art.7)

Sin embargo, pese a esta norma expresa en la ley, no existe gestión formulada para darle cuerpo de forma práctica a esta. Lo cual ha sido hasta reconocido por la Sala Constitucional.

> Si bien es cierto que el artículo 7 del Código de Familia establece que “Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a ley.” Sin embargo a pesar del tiempo transcurrido desde la promulgación de la ley, al día de hoy no se ha promulgado tan esperado cuerpo normativo de asistencia gratuita en materia familiar, actualmente son los Consultorios Jurídicos de las diversas

> universidades y el Patronato Nacional de la Infancia, quienes resuelven en parte la problemática, por el momento solo el proceso de Alimentos, prevé en forma expresa la intervención de defensores públicos por disponerlo así el artículo 13 de la Ley de Pensiones Alimentarias y el acuerdo 3- 97 de Corte Plena de 3 de febrero de 1997. (Sala Constitucional, Voto 21039-2010, 21 de diciembre 2010)

El Código de Niñez y Adolescencia, en su artículo 114, en igual sentido establece lo siguiente:

> En los procesos y procedimientos en que se discutan los derechos de personas menores de edad, el Estado les garantizará: a) Gratuidad: el Estado proporcionará a toda persona menor de edad la defensa técnica y la representación judicial gratuita. (art. 114)

Experiencia en legislación de Chile. En cuanto a la doctrina internacional, podemos encontrar pronunciamientos al respecto, mayoritariamente desde la experiencia de la legislación de Chile. Esto ya que desde dos mil cuatro fue implementada la reforma que divide del conocimiento de los procesos de Familia a los Juzgados Civiles y crea una dependencia exclusiva que conozca de estas pretensiones.

Y es que un aspecto importante que fue observado por parte del legislador chileno, mediante la Ley 19968, además de la creación de los Tribunales de Familia y el Consejo Técnico, fue la consideración de que debía existir la aplicación del principio de autopostulación en todos los procesos que conozcan los juzgados de familia. Al respecto, el original artículo 18 de la Ley 19968, establece lo siguiente:

> Comparecencia en juicio. En los procedimientos que se sigan ante los juzgados de familia, las partes podrán actuar y comparecer personalmente, sin necesidad de mandatario judicial y de abogado patrocinante, a menos que el juez así lo ordene expresamente, especialmente en aquellos casos en que una de las partes cuente con asesoría de letrado. (art. 18)

Sobre esto, según lo narra Barraza (2007) se dio una fuerte discusión en torno a la implementación de esta figura, pues algunos diputados consideraban que lo que reflejaba era una falta de recursos por parte del Estado, y que esto se vería reflejado en atropellos constitucionales, más propiamente en cuanto al derecho de la defensa, y el deber del estado de proporcionar asesoramiento a quienes no puedan procurarlo.

> En el primer informe de la comisión de familia, de la cámara baja, se señaló, a propósito de la posibilidad de comparecer personalmente ante los tribunales de familia que, con esa regulación, se pretendía asegurar un mayor grado de igualdad en el acceso a la justicia, ya que la mayoría de los usuarios de los tribunales serían personas de menores recursos, que no podían costear la asesoría y representación de un abogado. La discusión que se produjo en ese momento provocó una fuerte crítica de parte del diputado Sergio Elgueta (DC) al sistema judicial existente ya que, en su opinión, se revela un problema de escasez de recursos fiscales que conlleva una situación de atropello de los derechos constitucionales de las personas, pues la Carta Fundamental asegura a todas éstas el derecho a la defensa jurídica, siendo deber del Estado el proporcionar asesoramiento a quienes no puedan procurárselo por sí mismos. (Barraza, 2007, p.39)

Posterior a esto, es en setiembre de dos mil siete, es decir tres años y un mes después de su implementación, se dio una importante en la totalidad de la Ley, sin embargo, un aspecto que fue grandemente reformado fue el tema de la comparecencia sin mandatario judicial, como lo expone el artículo. La Ley 20286 Introduce Modificaciones Orgánicas Y Procedimentales A La Ley 19.968, Que Crea Los Tribunales De Familia, en su artículo 7, establece la reforma al artículo 18 de la Ley 19.968 de la siguiente forma:

> Comparecencia en juicio. En los procedimientos que se sigan ante los juzgados de familia, las partes deberán comparecer patrocinadas por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y representadas por persona legalmente habilitada para actuar en juicio, a menos que el juez en caso necesario las exceptúe expresamente, por motivos fundados en resolución que deberá dictar de inmediato.
>
> Ambas partes podrán ser patrocinadas y representadas en juicio por las Corporaciones de Asistencia Judicial. La modalidad con que los abogados de las Corporaciones de Asistencia Judicial asuman la representación en dichas causas será regulada por el reglamento que dictará para estos efectos el Ministerio de Justicia.
>
> La renuncia formal del abogado patrocinante o del apoderado no los liberará de su deber de realizar todos los actos inmediatos y urgentes que sean necesarios para impedir la indefensión de su representado.

> En caso de renuncia del abogado patrocinante o de abandono de hecho de la defensa, el tribunal deberá designar de oficio a otro que la asuma, a menos que el representado se procure antes un abogado de su confianza. Tan pronto éste acepte el cargo, cesará en sus funciones el designado por el tribunal.
>
> La obligación señalada en el inciso primero no regirá tratándose de los procedimientos establecidos en el Título IV. En estos casos, las partes podrán comparecer y actuar sin necesidad de mandatario judicial ni de abogado patrocinante, salvo que el juez lo estime necesario. (art. 18)

En ese sentido, después de la experiencia de tres años implementando esta figura, el legislador en Chile decide que es necesario una reforma pronta para ordenar y velar por cumplimiento del fin de la norma. Por lo que se decide eliminar, al menos de forma parcial, pero para la mayoría de los procesos que deban tramitarse en la jurisdicción de familia, la posibilidad de que las personas se presenten al proceso sin una representación letrada. Este ínterin de tres años, sobre la creación de los Tribunales de Familia en Chile, es narrada de la siguiente forma por Fuentes.

> En el segundo semestre de 2005 los tribunales de familia abrieron sus puertas. El objetivo detrás de estos fue la creación de un foro judicial exclusivamente dedicado a causas de familia, bajo la premisa de que las particularidades de dichos conflictos lo requerían para su adecuada resolución.
>
> Pues bien, no es novedad para la comunidad jurídica chilena que los tribunales de familia tuvieron un inicio tormentoso. Las largas filas que rodeaban los juzgados de familia ubicados en la calle San Antonio, en el centro de Santiago, se volvieron el símbolo de una justicia que se encontraba en problemas; los tribunales se vieron rápidamente sobrepasados por una demanda de sus servicios que superó todos los cálculos iniciales. La situación se vio incrementada por la existencia de un diseño procedimental poco flexible y por un proceso de implementación deficiente. Más de cinco años tuvieron que pasar para que los tribunales de familia pudieran estabilizarse. En buena medida esto fue el resultado de diversas iniciativas por parte del Ministerio de Justicia y del propio Poder Judicial, destinadas a mejorar la capacidad del sistema de procesar su carga de trabajo. Empero, las

> mejoras en aspectos de gestión vinculados al sistema no deben llevarnos a pensar que la justicia de familia ha puesto fi n a todos sus problemas. (Fuentes, 2015, p.935)

Así también lo narran Casas et al. (2006):

> Pero no solo la lentitud en la tramitación de los procedimientos surge como problema en el manejo de los flujos del sistema, sino también en la atención de público y recepción de las demandas, especialmente de aquellas que presentan particulares sin abogados. (p.15)

En particular, sobre la posibilidad de que se auto postulen las partes el proceso, explican lo siguiente:

> De la mano de lo anterior, se encuentra el hecho de que el sistema estableció la posibilidad de comparecer y presentar demandas sin necesidad de contar con el patrocinio de un abogado, lo que evidentemente facilitó a muchas personas la presentación de sus casos, allí donde antes no lo habían hecho por carecer de recursos o acceso a una guía profesional. Este se trataba también de un factor conocido y que indudablemente afectaría la demanda del sistema. (ídem, p. 17)

Por lo que es claro que la decisión de aplicar el principio de la autopostulación, en este país, significó parte del problema de congestión que tuvo el sistema judicial en esta materia, del que cinco años después, producto de las reformas a la ley, y amplitud en la capacidad del sistema, se aminoró la carga. Sin embargo, según narran los autores citados, no se trató únicamente de la aplicación de este principio, sino una serie de situaciones, como el manejo de agendas, la poca previsión en cuanto al circulante y la cantidad de personal que atendiera los asuntos. Sobre este último, si bien refleja que existe una baja capacidad por parte del personal, también refleja que la posibilidad de que las personas interpusieran un proceso judicial sin la representación letrada despertó el interés en acceder a la justicia de esta forma, aunque también ante las largas filas surgió un desaliento de continuar.

La reforma realizada a esta ley, contine un aspecto relevante a mencionar y es la aplicación de representación legal gratuita a quienes no tengan los medios para sufragar estos gastos, esto mediante las Corporaciones de Asistencia Judicial. Las cuales, a diferencia de Costa Rica, no se trata de una iniciativa por parte de una entidad ajena al Estado, o un modelo de trabajo final de graduación para los estudiantes, sino que es una institución pública, que garantiza la aplicación de

las normas internacionales ya expuestas. Al respecto en la Ley 17995 que Concede Personalidad Jurídica a los Servicios de Asistencia Jurídica, se expone que:

> Estas corporaciones serán las continuadoras legales del Colegio de Abogados de Chile, en lo referente, exclusivamente, a los Servicios de Asistencia Judicial y al régimen de personal de esos Servicios.
>
> La subvención que el ítem 10/01/00/25/31/001 del Presupuesto vigente otorga al Colegio de Abogados para los gastos del funcionamiento de los Servicios de Asistencia Judicial en toda la República, será distribuida por el Ministerio de Justicia y entregada por éste directamente a las corporaciones indicadas en el artículo 1°.
>
> El Ministerio de Justicia fijará las normas de distribución de los fondos, entrega de los mismos y control de su inversión. (Artículo 1 y 3 Ley 17995 Chile)

En cuanto a los procesos sobre los que sí aplican el principio de autopostulación, son los contenidos en el Título IV, que hace referencia a los Procedimientos Especiales, es decir las medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, lo relativo a los actos de violencia intrafamiliar, los actos judiciales no contenciosos y el Procedimiento Contravencional ante los Tribunales de Familia, que de acuerdo al artículo 102 se tratan de "Las faltas contenidas en la legislación vigente que sean cometidas por adolescentes, constituirán contravenciones de carácter administrativo para todos los efectos legales y su juzgamiento se sujetará al procedimiento regulado en este Párrafo." (Artículo 102 A. Ley 19.968).

Además, explica Fuentes que producto de entrevistas realizadas a las personas juzgadoras que formaron parte de este proceso de reforma, de algunos resultados y que conviene incorporar, se obtuvo las siguientes manifestaciones.

> Al respecto la Jueza 1 sostiene: usualmente las personas que comparecen sin abogado se encuentran en un estado de vulnerabilidad, son personas privadas socioculturalmente (…) tienen muchos problemas al tratar de entender aquello que tú les explicas, les cuesta entender las consecuencias de las decisiones (…) si ellos no tienen representación legal entonces no puede haber verdadera justicia (Fuentes, 2015, p.948)

Entrevistas no estructuradas. A continuación, se presentan los resultados obtenidos de las entrevistas no estructuradas, Cabe resaltar que se decanta por esta figura pues en ningún

momento se pretende sugerir a las personas entrevistadas, que existe alguna inconveniencia con las figuras bajo estudio, sino que sean las personas, en un ambiente de menos rigidez, que expongan sus opiniones, consideraciones y preocupaciones sin ningún tipo de sugestión por parte del entrevistador.

Diego Benavides Santos, anteriormente Juez del Tribunal de Familia, Magistrado Suplente de la Sala Segunda, y parte del equipo de redacción del proyecto del Código Procesal de Familia. En este momento resalta que lleva dos años alejado del ejercicio profesional, tanto como juez, abogado o profesor.

1. Sobre la forma en la que se expone la cosa juzgada de los resolutivos familiares en el Código menciona que: Realmente todo lo que tenga cosa juzgada o no, como lo dice el mismo libro, está en tensión. Se trata de un aspecto que ha ido moviéndose, y es una de las características del derecho procesal de familia. Pero, en sí, digamos que es una lectura de cada una de las pretensiones … va a ser como un análisis de previo, esa esa situación, si las pretensiones puedan producir cosa juzgada, para entonces analizar sí requiere representación letrada o no en cada caso concreto y muchos de los aspectos, como suele ocurrir, ya será la jurisprudencia, bien, incluso reglas prácticas que son posibles, a partir del de lo que dispone la ley orgánica del poder judicial del artículo 21, para cuando hay que establecer situaciones a favor de la justicia, pronta y cumplida.

2. Sobre las problemáticas que se podrían generar debido a la implementación de la figura de la autopostulación: Yo pienso que es uno de los temas más difíciles, porque realmente el mejor escenario es cuando todo el mundo cuenta con abogados, y no cualquier abogado, con un abogado calificado. Porque hay que ser realista con el tema de los recursos… ese aspecto de la defensa de las personas que no cuentan con recursos ha sido un gran problema para el Derecho procesal de familia, que ni siquiera a nivel de la Sala Constitucional se atrevieron a entrarle a decir que era parte del debido proceso… entonces la Sala empezó a titubear. Situación que en otras materias han sido como muy tajantes y en esta no. Y es que hay un tema de números muy grande. La defensa pública que se requeriría para familia es casi como la de penal, entonces hay que buscarle como financiar un equipo de abogados, que tal vez no los tenga a cargo del Estado, pero si tenga un tipo de financiamiento

Son situaciones que tienen que estar en agenda de mejoría, a efecto de poder tutelar los derechos de las personas que carecen de recursos para pagar un abogado. La visión de un de un

sistema judicial es distinto en el caso que no tienen abogado, al que si lo tienen o al menos lo tiene una parte.

No es lo óptimo, pero es claro que en los casos que la persona no puede pagar hay que buscar una salida, ya que el castigo es la denegación de Justicia. Lo cierto en que en este caso se deberá orientar a las partes desde el mostrador o resoluciones, de una forma muy llana. Irle informando de sus derechos, derecho a recurrir y demás, y recordar que tiene derecho y debería buscar abogados.

Se le pregunta si observa que la reforma representa un avance en cuanto a la tutela de los derechos de las personas: No lo veo, no veo el avanece, eso es una cuestión meramente, de atención a los recursos financieros disponibles. No, no es, no es avance, es un tema de realidad, que me parece que otro de los sistemas no se ejerció ese criterio en realidad. Entonces los sistemas tienen que ser sostenibles, porque si no lo que entonces va a pasar es que va a ver qué unas de las materias van a tener que sostener… para financiar a las que son de interés social.

3. Sobre la saturación del sistema: Sí, eso, solo se verá hasta que ocurra. Si eso es así lo que estaba ocurriendo lo que sospechábamos, es decir, que mucha gente se quedaba así sin ir al Tribunal porque no tenía como pagar al abogado. Si esto ocurre, se estaría demostrando algo, eso, por un lado. Pero no me animo a dar números sobre eso.

Obviamente esto va a significar algo, y ahí tiene que estar el aparato judicial, el Departamento de planificación muy atento a todas las mediciones muy específicas. Y siempre pensando que el centro del sistema es la persona humana, no el aparato burocrático entonces… Aquí un poco no era tanto de edificios bonitos, ni de sistemas y todas esas cosas que creo que fue el norte de otras materias. Era simple y sencillamente lo básico y parece no estar cubierto.

4. Sobre la exclusión de las personas litigantes de la redacción del Código: Yo sí he participado, digamos, desde que esto surgió. Esto surgió o de la misma Corte, modernizar sus procesos, incluyendo todas las universidades, incluyendo todos los abogados que también hay muchos que no participaron en eso por qué aún no eran abogados… llega un momento en que pues el proyecto es proyecto y ¿quién excluye a quién?

Puede haber ocurrido eso, es que no es como los otros, que tenían recursos y que estaban todas las Salas metidas, sino que aquí nace desde la primera instancia… El código no es copia, como todos dicen, "es que en esta materia lo que se hizo fue copiar" aquí no había dónde copiar.

Y ya llega un momento en que eso ya no es del Poder Judicial, porque si fue el de la de la iniciativa, el mismo presidente de la Corte fue. Pero también en familia en el año 2006 si están, porque ahí están los vídeos de las actividades, donde están, y luego también está el video donde se presenta en el colegio de abogados el proyecto a la comunidad nacional en 2014.

Está la actividad donde la señora presidenta de la Corte se lo entrega al Ministerio de Justicia para que el Poder Ejecutivo ya tome la batuta. Casi que uno podría ir pensando con nombres y apellidos, quienes se sintieron excluidos, pero, entonces, acá a esas personas la pregunta es ya se dio así y se trabajó con las uñas y el proyecto concluyó con ciertas circunstancias.

Después, fue un partido político que lo adverso creyendo que como decía que uno de los principios era de diversidad entonces empezó a adversarlo. Y después fue el partido que lo negoció, fue el que incluyó en la agenda para para que pudiera ser una realidad. Pero todo lo que te digo yo es que hubo suficiente tiempo, para que él quería opinar, que llegaran a levantar la mano, que opinaran.

Hubo un momento en el que se iba aprobar de primero el código procesal de familia, antes que el civil. Había un momento que ya la comisión de asuntos jurídicos dio el dictamen afirmativo unánime, en el año 2016, en febrero del año 2016 y pasó a plenario y ahí fue donde todo el mundo se empezó a preocupar. Pero eso fue hasta el 2016 y ahí en donde todo mundo se empezó a preocupar, pero el proyecto se aprobó hasta el 2019. ¡3 años! el que diga que no pudo participar… Decirte, porque yo siento como que es un bus, que algunos empujaron o empujamos y era como que el que quería ayudar se tenía que montar. Y ahora sí los que están añorando tienen la palabra para constituir sus las comisiones o los proyectos de mejoría. Ya lo que se hizo, se hizo; digamos que no se puede hacer cómo devolverlos al 2006.

5. Sobre los modelos de procesos de familia en el derecho comparado.

Hay cuatro modelos para desarrollar el proceso de familia, por lo menos a mí me parece. Eso en el derecho comparado.

a. El proceso desarrollado en un Código Procesal Civil o en una Ley de Enjuiciamiento Civil. Entonces puedo darte un montón de ejemplos donde eso se da,
b. Otros donde el proceso de familia está incluido en códigos procesales generales, que era lo que Costa Rica iba a hacer. Bueno, ahí puedes seguir la pista, por ejemplo, a Colombia, a Uruguay, a Ecuador y a Cuba.
c. Un tercer tipo que es el seguido, por ejemplo, en Panamá. en Nicaragua y en Bolivia, el que es regular los procedimientos de familia en el código de familia que tal vez ese es el más adecuado por una razón. Y es por la defensa de la instrumentalidad, es decir, que el proceso de familia se está diseñando para este código de familia.
d. Y el cuarto modelo es el de los códigos procesales de familia o las leyes de familia. Tal vez uno de los primeros es de una entidad federativa mexicana en 1986, pero, tal vez la más significativa es la de la de El Salvador de 1994, con su ley procesal de familia, la ley chilena del 2004, los códigos procesales de familia que se están aprobando en las provincias de Argentina y también en las actividades federativas mexicanas.

Cuando uno se pone bien dentro de ese estudio de derecho comparado, yo siento que había que optar por un traje a la medida, sea por la ley procesal, cómo fue. Pero todo a todo esto, lo que te quiero decir, es que si vos querés ver una doctrina pujante, boyante, digamos del proceso de familia, y el esfuerzo intelectual que se hizo Costa Rica, realmente a mí me parece que es un esfuerzo muy valorado en el derecho comparado.

Marisol Marín Castro, abogada litigante especializada en materia de familia por 24 años.

1. Sobre la implementación del Código Procesal de Familia: No sé cómo lo podrán implementar por varias cosas. Es que hay muchos expedientes judiciales que vienen con mucho atraso. Entonces la entrada vigencia del CPF no puede venir a alcanzar estos estos expedientes que vienen de antes, que tienen una tramitación completamente diferente. Inclusive hay muchos expedientes pendientes con dictado de sentencia, otros que todavía está para recepción de prueba. No comprendo de qué manera lo van a implementar y manejar.

Cosas positivas y cosas negativas como la entrada de vigencia de cualquier otro código, me parece que va a haber mucho atraso a la hora de resolver, porque no creo que los juzgados de familia estén en la capacidad de poder resolver como se espera y se pretende. Por ejemplo, recuerdo que cuando entró en vigor el código procesal civil nuevo, fui a una audiencia civil y era la una de

las primeras audiencias que realizaban, en ese momento ni los mismos jueces del Tribunal Civil de Heredia sabían cómo tenía que aplicar de manera adecuada el código; no sabían de qué manera recoger prueba confesional.

2. Sobre la autopostulación: Hay una situación de desigualdad para las partes demandadas. Porque si un demandado quiere representarse a sí mismo pero la parte actora tienen su propia representación, su propio abogado, puede decirse que prácticamente la otra parte de cierta manera queda en estado de indefensión… Otro ejemplo es que la defensa pública solo atienda a los actores; los demandados quedan completamente a expensas de representarse a sí mismos o tener que contratar un abogado.

Hay procesos de procesos, por ejemplo, en tema de visitas a veces los abogados ponemos mucho problema para que las visitas se puedan dar de manera adecuada. Me parece que cuando las partes están solas logran llegar a mejores acuerdos que cuando están los abogados.

Podrá tener ventajas en algunos procesos, pero el problema más grande es que las personas no tienen conocimiento de leyes entonces, van a llegar a una audiencia en donde el juez tampoco los puede asesorar. El juez busca es que todo sea justo y equitativo para ambas partes, pero en procesos que sean más complicados, como suspensión de autoridad parental o como declaratoria de abandono… es un tema muy delicado para la autopostulación.

3. Sobre la cosa juzgada material y formal: Todos los despachos judiciales son como jurisdicciones diferentes y formas de pensar diferente, porque si la norma no es clara, que a mí me parece eso podría llegar a interpretarse de maneras diferentes, unos podrían decir que sí se puede o que no es así. Es una cuestión de interpretación, porque si el código expresamente no lo indica o no aclara, qué podría hacer la cosa juzgada, formal o material. Puede darse que haya jueces que no tengan la experiencia suficiente. Que empiecen a trabajar de diferentes formas. *"no es que aquí lo manejamos de esta forma y en Guadalupe, de otra forma completamente diferente"*, por ejemplo.

4. ¿Considera usted que esta figura que se adopta, la autopostulación, pueda generar un crecimiento importante en el circulante de los tribunales? Sí, claro. Por supuesto, porque volvemos a lo mismo, son personas que no saben cómo funcionan la tramitación de los expedientes, que no tienen conocimiento de leyes, entonces, qué es lo que va a pasar, que van a llegar al despacho, y si

un técnico los aconseja o les dice qué hacer puede haber mal entendidos, porque el técnico no debió haber asesorado.

5. Sobre el impacto en la cantidad de trabajo como litigante: Pero yo siento que muchas personas van a buscar trabajarlo a nivel legal por la falta de conocimiento que tienen en este tipo de materias, entonces lo que van a preferir es la representación legal. Entonces me parece que al final, aunque estamos saliendo vendidos y muchos abogados podrán estar preocupados y podrán pensar que ya no vale la pena litigar en materia de familia porque la gente se puede auto postular. Lo cierto del caso es que yo creo es que va a generar mucho trabajo a nivel judicial.

Jimmy Monge Sandí, abogado litigante especializado en materia de familia. Coordinador de la Comisión de Familia del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

1. Sobre el principio de autopostulación. La idea que busca el Código es tutelar el acceso a la justicia y una tutela efectiva de los derechos de las personas, es una idea muy romántica, pero puede ser peligrosa. Ahora hay acceso a la justicia, que las partes se deban presentar con un abogado no es un impedimento al acceso a la justicia ni una barrera.

Las personas que no pueden pagar un abogado pueden verse que efectivamente tenían una limitación en cuanto al acceso a la justicia, una barrera económica, pero si ya dentro del proceso, no tiene el suficiente conocimiento de cómo debe tramitarse, las pretensiones, las apelaciones, la contestación que ahora en oral… Y el juez no puede ser imparcial y volcarse en ayuda a otra parte.

2. Sobre la imparcialidad de la persona juzgadora: En este momento la autopostulación aplica en mucho de la materia de familia. En pensiones y violencia domestica que es gran parte de los procesos en la materia… Cuando yo voy a un proceso representando a una mujer víctima de violencia doméstica y veo que en la audiencia el presunto agresor no tiene abogado, por un lado, sabe que no va a poder realizar una buena defensa. Pero, por otro lado, no intervengo tanto y dejo que sea la parte quien sea la que tenga más protagonismo para que no se vuelquen en favor de la otra parte y producto de esto nos lesionen a nosotros.

Si se pone en los zapatos del juez, y la parte no se presenta con abogado, siempre va a estar la idea de ayudar un poco más a esta parte.

3. Sobre la posición del colegio de abogados y abogadas: no estuve en su momento en el Colegio, no puedo referirme a qué fue lo que hicieron y qué no. Siempre estuve pendiente del asunto, y creo que tal vez si hubo poca socialización del proyecto.

4. Sobre el impacto en la cantidad de trabajo como litigante: en cuanto a lo meramente material, que es la cantidad de trabajo que pueda haber, es claro que va a haber un impacto en la cantidad de trabajo que recibimos. Gran cantidad de proceso que llevamos ahorita no se va a requerir una representación letrada, entonces sí van a ir al proceso solos. Sería bueno poder conocer en Pensiones o Violencia Domestica la cantidad de procesos que se presentan sin abogado y la cantidad que presentan con abogado, creo que es la gran mayoría que presentan sin abogado.

En Violencia Domestica la parte actora casi siempre se presenta sin abogado, porque se tiene esa creencia que para solicitar algo no se requiere representación. Pero en los casos de los demandados, es en más ocasiones que se presentan con abogado, porque necesitan que los defiendan.

Sergio Andrés Henríquez Galindo, Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Magíster en Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Universidad Diego Portales. Magíster (c) en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Juez de Letras, Juzgado de Quintero, Quinta Región, Valparaíso, Chile.

1. Sobre la reforma de Familia en Chile: no estuve desde la reforma, en ese momento laboraba en el Ministerio Público, sin embargo, fue vox populi el problema que presentó que las partes se pudieran presentar al proceso sin abogado.

2. Sobre las corporaciones de asistencia: Estas existes desde antes de la reforma, no sé si con la reforma se amplía para que se trabaje más en materia de familia, pero me parece que así tuvo que haberse dado. Las Corporaciones son un poco raras, porque son financiadas por el Estado, pero cuentan con personalidad privada. Pero se consideran del Estado, y son financiadas por el estado.

Muchas de las críticas se encuentran dirigidas a que en estas corporaciones se realizan trabajos por parte de estudiantes finalizando la carrera, por lo tanto, en caso de que la parte tuviera que ser asesorada por uno de estos estudiantes, se sentían que no obtenían la calidad de acompañamiento que requerían. Sin embargo, esto no es así, ya que en la práctica los estudiantes siempre van acompañados siempre de su tutor.

Lo que existe y son directamente de las Universidades, son las Clínicas Jurídicas que sí son parte de las universidades, pero no llegará a representar más del 1% de los procesos que requieren representación de un abogado.

3. Sobre el modelo de Costa Rica: Me parece que es negativo, ingenuo y hasta una falta al debido al proceso. Está muy lejos de ser una tutela efectiva de los derechos de las personas que no puedan acceder a un abogado, ya que enfrentarse a un proceso, sin los conocimientos necesarios más bien resulta en perjuicio ... para esto debería tener Costa Rica un gran sistema educativo y enseñar derecho en la secundaria. Porque por esto es por lo que se estudia 5 años en la universidad, al menos aquí en Chile es así, y dos años más en la tesis o lo que se tenga que hacer… La falta de conocimiento genera atraso en su propio proceso y una deficiente tutela de sus derechos.

Entre la situación actual y la reforma en Costa Rica, me parece que siempre que el proceso deba ser dirigido por un abogado siempre va a ser más beneficioso. Considerar la decisión como una garantía al acceso a la justicia, me parece que es un muy mal argumento, quitar el requisito no puede ser considerado como acceso a la justicia, ya que para que sea así debe existir un proceso que les permita efectivizar sus derechos, y que las partes se pueden presentar sin representación letrada no lo es, ya que dificulta más bien este proceso de obtener la justicia que buscan.

En Chile, cuando una parte llega sin abogado, generalmente se suspende el juicio para que la parte busque un abogado, ya sea de corporación de asistencia, o que lo pague, porque no puede enfrentarse al proceso así. Ya si se le previene y no cumple pues se entiende que está totalmente de acuerdo en prescindir de su representación y se le permite que siga el proceso de esta forma.

Capacidad Procesal de Personas Menores de Edad

Derechos humanos progresivos de las personas menores de edad. Esta decisión encuentra su fundamento en mecanismos internacionales de protección de Derechos Humanos, en especial de las personas menores de edad. Al respecto, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

> Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y 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. (art. 12)

La Observación General número 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009), por su parte, analiza y desarrolla este principio de la siguiente forma:

> El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente (…) El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación.
>
> El párrafo 2 del artículo 12 especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje.
>
> El derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ejemplo, denuncias de malos tratos y recursos contra la exclusión de la escuela, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción. Se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que

> se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño.
>
> No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas. (Observación General número 12 del Comité de los Derechos del Niño, 2009)

Además, recalca el Comité que esta participación debe ser activa, y en todas las medidas que lo afecten, así como en la adopción de decisiones.

> El artículo 12 impone a los Estados partes la obligación de introducir el marco jurídico y los mecanismos necesarios para facilitar la participación activa del niño en todas las medidas que lo afecten y en la adopción de decisiones y de tener debidamente en cuenta esas opiniones una vez expresadas (ídem)

En cuanto a la legislación costarricense actual, este principio se encuentra contenido en el Código de Niñez y Adolescencia, en el artículo 107, que reza los siguiente:

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

Como adición a este, también se encuentra el artículo 114 ibidem, en el que se establece que:

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

f) Derecho de audiencia: en todos los procesos administrativos y judiciales relacionados con los derechos de esa población se escuchará su opinión. (art. 114)

Importante también rescatar que, según la UNICEF, los alcances de esta figura deben ser aplicados mediante la preparación, la garantía de audiencia, evaluación de la capacidad, debida información de derechos y oportunidad de recurrir. Además, establece como la vía de cumplimiento de lo establecido como lo siguiente:

> Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos en que los niños puedan potenciar y demostrar su capacidad. Exige además un compromiso para destinar recursos e impartir capacitación. (UNICEF, p. 226)

Sobre la posibilidad de que las personas menores de edad otorguen este derecho a un representante, la Observación General 12 apunta lo siguiente:

> 35. Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado". El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento. 36. El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular. Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños. 37. El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad). Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño. Observación General número 12, Comité de los Derechos del Niño, 2009)

Doctrina de la situación irregular y el cambio de paradigma a la protección integral. Parte de esta normativa citada, así como la integración que realizan los mecanismos internacionales, obedecen a un cambio de paradigma en cuanto a la situación de las personas menores de edad frente a la sociedad, y por tanto el tratamiento de sus derechos como personas.

Se trata del cambio de paradigma de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, la cual resulta un avance en cuanto a la protección de los derechos de las personas menores de edad, en especial respecto al derecho a ser escuchado. Al respecto, explica de forma clara el Tribunal de Familia, en el voto 92-2015.

> La doctrina y legislación moderna sobre Niñez y Adolescencia ha sufrido un cambio radical al pasar de la doctrina de la SITUACIÓN IRREGULAR DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD a la doctrina de la PROTECCIÓN INTEGRAL, plasmada inicialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por nuestro país en 1990, y recogida en otros cuerpos normativos posteriores, por ejemplo, el Código de la Niñez y la Adolescencia. Esta nueva doctrina conlleva una serie de GARANTÍAS o DERECHOS PROCESALES de las personas menores de edad, tal como el DERECHO A SER ESCUCHADO. Dicha doctrina tiene como eje central una premisa básica de necesaria aplicación, tanto en lo procesal como en lo sustantivo, y es precisamente la supremacía del INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO en toda decisión administrativa o judicial que involucre a dicho conglomerado social. La Convención sobre los Derechos de Niño contempla la doctrina de la EVOLUCIÓN DE LAS CAPACIDADES VOLITIVAS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD, es decir, siempre y cuando no se trate de niños con limitaciones cognitivas y volitivas, se debe entender que conforme van "madurando" tienen derecho de participar con mayor intensidad y vinculancia en los asuntos que los involucran. Es decir, conforme los niños van creciendo tanto física como emocionalmente, el ejercicio de patria potestad va disminuyendo para que la voluntad del niño cada vez sea más relevante, pero es claro que no será sino hasta los dieciocho años de edad cuando el menor adquiere su plena capacidad procesal; mientras tanto serán los progenitores y el Estado a través de sus Instituciones los llamados a tomar las decisiones necesarias en aras del INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. La joven [Nombre 007] expresó categóricamente, como lo destacó en forma correcta el señor Juez A-quo su negativa con las

> pretensiones de su padre, tanto en lo que respecta al cambio del centro educativo como a la práctica de la prueba de sangre "con el fin de determinar si ella tiene alguna predisposición genética por herencia ... hacia alguna enfermedad mental". Su opinión debe respetarse, máxime considerando, como se ha expuesto, su edad, la joven no desea cambiarse. También es acertado destacar como se hizo en la sentencia recurrida que la asistencia al citado centro educativo no es un tema nuevo o que tomara por sorpresa al padre, por el contrario de común acuerdo lo pactaron en el convenio de divorcio y fue homologado hace muchos años, dándose la matrícula efectiva en el año dos mil doce, siendo la joven una buena alumna. Aunque las intenciones y propuesta del padre sean buenas debe tutelarse la estabilidad de su hija, en igual sentido el examen pretendido carece de sustento y no debe someterse a la menor a una prueba de esa naturaleza que se puede constituir en una carga innecesaria. En consecuencia, se confirma la sentencia. (Voto 92-2015, Tribunal de Familia, 27 de enero 2015)

Define a la doctrina de la situación irregular, García (2001) de la siguiente forma.

> En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un "menor" en situación irregular (recuérdese que, al incluirse las categorías de material o moralmente abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), se exorcizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por "soluciones" de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción.
>
> Solo un análisis histórico-crítico, permite mostrar los mecanismos que explican la asombrosa sobrevivencia de una doctrina como la de la situación irregular, que en la práctica ha resultado en la negación de todas y cada una de sus funciones declaradas. El enfoque propuesto, remite a la necesidad de analizar su metodología y lugar institucional de producción, así como su capacidad de crear mitos y utopías negativas funcionales al mantenimiento de un cierto orden y autoconservación. (p.63)

Es decir, se trata de un uso discrecional del aparato estatal, en el que se tenía la percepción de que las personas menores de edad eran incapaces de tomar decisiones, por lo que merecían una intervención del estado, solo cuando se estaba en presencia de una “situación irregular”

Por otro lado, la doctrina de la protección integral, según García (2001), se desarrolla de la siguiente forma.

> La Convención Internacional aparece hoy, como el dispositivo central de una nueva doctrina: la doctrina de la Protección Integral. Este nuevo paradigma, posibilita repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia, convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes. La ruptura con la vieja doctrina es evidente. En el punto que sigue me propongo, en forma sucinta, indicar algunas características esenciales del nuevo paradigma.
>
> a. Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no solo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles.
>
> b. Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. En las legislaciones más avanzadas de este tipo, no solo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.
>
> c. Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión.
>
> d. Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia.
>
> e. Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión —debidamente comprobada— de delitos o contravenciones.
>
> f. Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos.

> g. Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del Derecho contenidos en la Convención Internacional.
>
> h. Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la "internación" o la "ubicación institucional" (solo para dar dos ejemplos) según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad. (p.64)

Por lo que es claro que no se trata de un cambio de paradigma menor, en cuanto a la concepción de la persona menor de edad, sino que se trata de un cambio sustancial en el tratamiento y desarrollo de sus derechos humanos. Observándose de forma claro en la concepción de la persona menor de edad, como sujeto de derechos y obligaciones, reflejado de forma expresa en los principios que se exponen en la Convención sobre los Derechos del Niño, uno de ellos el derecho de ser escuchado.

Interesa resaltar lo que expone García (2001) al respecto. Sostiene que existe una esquizofrenia jurídica, pues, a pesar de que con la promulgación Convención Sobre los Derechos del Niño, se cambió el paradigma de la situación irregular a la concepción de la protección integral, son muchos Estados que mantienen su legislación inspirada en la doctrina de la situación irregular, mientras ha ratificado una Convención de naturaleza totalmente contraria.

> A pesar de todas las deficiencias antes señaladas, la mayor parte de los países latinoamericanos no ha realizado aún ningún tipo de movimiento en pro de la adecuación de la legislación nacional a los principios y al texto de la Convención. Esta situación se agrava ulteriormente llegando a los límites de la esquizofrenia jurídica, en la medida en que también prácticamente todos los países han ratificado y promulgado como ley nacional la propia Convención. En otras palabras, esto significa la vigencia simultánea de dos leyes, que, regulando el mismo tema, resultan de naturaleza antagónica. Por este motivo, creo que vale la pena preguntarse, una vez más, por los motivos reales que explican la asombrosa sobrevivencia de cuerpos legislativos que representan la negación sistemática de los derechos humanos específicos de la infancia, hoy universalmente consagrados. (ídem)

Entrevistas no estructuradas.

Diego Benavides Santos.

1. Sobre la preparación de los tribunales frente a la reforma: No sabría qué responder, perdón, no sé ni quiénes son ahora los jueces que están, ni de qué universidades vienen, ni de qué cursos de derecho de familia o de procesal de familia han llevado, ni qué cursos de niñez y adolescencia han llevado. Pero si no están capacitados los jueces y la convención está desde 1990… Y es obvio que estas materias son diferentes a otras porque están haciendo camino al andar, se están construyendo, no son esos de doctrina. de miles de años, de cientos de. años, sino que se está haciendo ahora, se está construyendo ahora. Entonces, si estos profesionales no son mejor que como éramos nosotros, algo está muy mal.

Pregunta ¿el curso de derecho procesal de familia, que llevaste, quién te lo dio?

- No hay curso de derecho procesal de Familia en la U.

Bueno, eso dice mucho. No estamos hablando de eso fue de ahora, sino que tiene ya varias décadas, y las universidades no han reaccionado.

Entonces todo esto te lo llevo en el sentido de que vamos como que la reacción fue muy difícil. Que fue difícil al inicio, que fue difícil en la asamblea legislativa, que es difícil abrir las maestrías o los cursos específicos, que es difícil pelear para que todos los profesores en las universidades sean lo adecuados. todo eso es difícil, va a ser difícil, seguirá siendo difícil, y ese es ese, va a ser la tónica en esta materia, con las manos o con las mangas desarrolladas trabajar, trabajar y trabajar.

2. Sobre la capacidad procesal de las personas menores de edad.

El hecho de que yo haya estado todo, porque yo estuve desde que empezó hasta que ya me dijeron que ya no era… Lo que te quiero decir es que todo eso, hay que ponerlo, así como lo estás haciendo, bajo la crítica, bajo cuál sería una mejor fórmula, si se puede hacer algún proyecto para para mejorarlo. Te puedo contar, digamos que en lo que es la comisión del anteproyecto, fue de los temas que más suscitó puntos de vista y discusión y donde al final prevalece más o menos el proyecto del 2008.

Son fórmulas… y que se discutió y que algún punto ya se sometió a votación y ya cuando se vota, se vota… Son convenios internacionales con una jerarquía incluso superior a la

constitución, según los votos de la Sala Constitucional… había que había que asumir, por ejemplo. el código de niñez y adolescencia. con el artículo 118 hizo, como una gradita prudente.

La forma en la que se redacta el código trata de ser el cumplimiento de lo que establece la convención, trata de ser eso, pero ya serán ustedes los de la nueva generación, los estudiosos, que pongan al espejo todas las observaciones generales de la convención sobre derechos del niño. Pero si hay otras fórmulas posibles, por ejemplo, el de escoger una edad fue una de las grandes discusiones. ¿Por qué se escoge? tal vez la recomendación es que no se escoja (edad). Pero ya serán los críticos los que dirán si fue una buena elección.

Marisol Marín Castro.

1. Sobre la capacidad procesal de las personas menores de edad: ¿qué es lo preocupante? Lo manipulables que pueden ser los menores en algún momento. Una chica de 14 años que no quiere ver a su papá porque vive con la mamá y la mamá le pasa diciendo hasta misa y las chicas ya conocen lo que dice todo el proceso judicial, por ejemplo. Qué difícil. O que venga una chiquita de 6 años y diga *"yo no quiero vivir con mi mamá, quiero vivir con mi papá".* ¿Cómo ha logrado esa madurez? ¿Un chico que sabía que cuando cumpliera 12 años se quiere ir con el papá porque el papá le empezó a decir: "cuando *usted cumpla los dos años, se puede venir a vivir conmigo, porque un juez va a hacer lo que usted quiera"?*

El juez no puede hacer lo que la persona menor de edad quiere, el juez lo que tiene que hacer es velar por el interés superior de la persona menor de edad. Porque entonces, ¿qué pasa si un chico no quiere ir al colegio?, no lo mandamos porque pobrecito, porque él dice que no quiere ir; si no se quiere bañar todos los días, entonces no, que no se bañe. Si para las decisiones cotidianas tenemos que dar ese poder de decisión sobre los menores, ¿entonces, que se manden solos? ¿Ajá, pero venir a presentar un proceso judicial? Lo que ellos se quieran representar me parece que eso va a tener que ver mucho con el nivel de madurez.

2. Sobre la edad definitiva para participación: cuando ya tienen más de 12 años, me da la impresión de que pueden llegar a tener la madurez de poder entender todo lo que un proceso conlleva… ¿Porque cómo valoras el nivel de madurez de un joven de 15 años o de 14 años? Tiene que ser sometido a una valoración psicológica. ¿Y qué pasa si el chico dice no porque eso es voluntario? Que no se quiere someter a ninguna valoración. Si la emisión de pruebas psicológicas

fuera eficiente, como el asunto es que en 5 días ya estaba listo, ahí no resulta un atraso tan grande. ¿Pero cuánto dura en emitir valoraciones el primer circuito judicial? ¿Usted pidió valoraciones? Son mínimos 5 meses, 6 meses y tienen aclaración y adición. Mientras aclaran y adiciona son dos meses más.

3. Sobre la extensión del conflicto a las personas menores de edad. Es que es súper complicado, porque si nosotros le empezamos a dar poder a las personas menores de edad para que tengan completa participación en procesos contenciosos, estamos dando a entender que entonces en la vida cotidiana pueden hacer exactamente lo mismo.

4. Sobre la capacitación de las personas juzgadoras en aspectos de niñez y adolescencia. Yo siento que del 100% de los jueces, tal vez un 30% o un 40% está capacitado. El otro porcentaje, yo no creo que tenga esa capacidad porque hay muchos jueces nuevos. Y ellos no resuelven como se esperaría en procesos en donde las personas menores de edad estén involucradas. Los jueces que ya tienen muchísima experiencia sí, sí lo podrán manejar. Y aún con la experiencia que tienen, podría ser que se equivoquen. Pero me parece que no están altamente calificados como para eso.

Tendrán que hacer sus valoraciones sociales y psicológicas para conocer si efectivamente la persona menor de edad tienes las aptitudes necesarias para hacerlo parte dentro del presente proceso.

5. Consideraciones en la práctica. Imagínese menores presentando procesos de violencia doméstica contra los papás o solicitudes de medidas de protección contra los papás. Porque tal vez el quitarle el celular lo consideran una agresión. El problema es que esa la ley es un portillo. Si la ley lo va a permitir. Ya abrieron el puertillo para que eso suceda y ¿si papá quiere empezar a manipular y decirle al menor lo que tiene que hacer y cómo hacerlo?

De hecho, tengo otro caso donde el señor ha manipulado tan bien al chiquito, que, en algún momento, el hermanito se cayó y el chiquito llamó al papá y no se sabe qué le dijo que el papá llamó a la fuerza pública. Porque el papá dijo que la mamá estaba agrediendo al chiquito, y lo que había pasado era que el hermanito se había caído. Entonces me parece que con esta ley el portillo queda abierto

6. Finalmente, expectativas de la implementación del Código Procesal de Familia. Tendrá sus ventajas en algunos procesos. Pero entre más se atrase y más me permita a mí terminar procesos

con los que yo estoy mejor. Iniciar procesos nuevos me preocupa porque no sé de verdad cómo los van a empezar a tramitar y la mora que eventualmente va a empezar a generar de todos los procesos nuevos que van a entrar con el código procesal de familia.

Jimmy Monge Sandí

1. Sobre la capacidad procesal de las personas menores de edad. Me parece que en las personas hay un temor infundado en este tema. La gente cree que el otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad representa que todo lo que pidan va a ser concedido y no. Hay elementos que deben ser valorados en el proceso, como el mejor interés del menor, sin este no puede resolver. Entonces me parece que hay una idea generalizada que a todo lo que el menor diga el juez tiene que hacerle caso y eso no es así. Siguen existiendo elementos probatorios, ahora lo que se percibe con esto es una mayor participación de los menores. Lo que si hay que ver es si están preparado el sistema para servir para esto.

Sergio Andrés Henríquez Galindo

1. Sobre los derechos de las personas menores de edad: Si se miran las actas de la convención, lo de verdad relevante no es la forma en que se otorga la capacidad a las personas menores de edad, sino garantizar un apoyo y garantizar sus derechos. En realidad, debe ser la tutela de los derechos, y en esta materia que ante la decisión del juez que vaya contraria a la decisión del niño o niña, debe existir un estándar mayor de su resolución en la que debe ser mejor justificada.

Si hay capacidad procesal o no, no es lo importante, sino que sirva de mecanismo para que las personas menores de edad efectivicen sus derechos.

2. Sobre la capacidad de personas menores de edad en Chile: En Chile es que existe un curador ad litem, que es un latinazgo, que representa los intereses de las personas, y personalmente, pueden accionar en los procesos de protección, por ejemplo, y en lo demás casos está la posibilidad de que accionen, sin embargo, debe ser llamado siempre a un representante legal para este fin, lo que es llamado como patria potestad.

Hallazgos Objetivo Número Dos

Autopostulación procesal

De la lectura y análisis de lo expuesto en los resultados para este fin, se desprende que existe un problema actual y relevante en cuanto a la tutela de un derecho tan trascendental como es el acceso a la justicia, y lo que significa para las personas no poder encontrar reparo en la administración de justicia si no tienen la posibilidad de costear un abogado o abogada.

A pesar de que ya está establecida en la Ley que en la materia de Familia quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tienen derecho a que el Estado se la suministre, no existe tal cosa, sino que esta labor es asumida por Universidades Estatales y privadas que ejercitan a sus estudiantes mediante la herramienta de los Consultorios Jurídicos que, si bien han hecho una labor notable en cuanto a la protección de este derecho a las personas más vulnerables, cuando el proceso requerido resulta complejo, más allá de las posibilidades, generalmente es rechazado y la única posibilidad es contratar una representación legal particular.

Esta situación de falta de aplicación de la ley resulta muy preocupante, más aún cuando la misma Sala Constitucional, ha reconocido que no existe la efectivización de lo ordenado por parte del Estado. Y caso contrario a lo que ha pasado en demás temas, no quisieron posicionar ni ordenar el cumplimiento efectivo de esta ley, sino que se limitó a señalar que existen carencias, y que debía ser eventualmente el Poder Judicial quien se encargaría de este fin.

Hasta cierto punto es entendible la postura, porque, como lo resalta también Benavides (2020), en su aporte a esta investigación, la Defensa Pública requerida para la materia sería similar en tamaño a la que actualmente está dada para la materia Penal. Es decir, requiere una gran cantidad de esfuerzo, tanto presupuestario como personal, para lograr dar adecuada representación a las personas que no tienen la posibilidad de costearlo.

Sumado a esto, también, la posición que se resalta de la Sala al respecto a la materia de Pensiones Alimentarias resulta digna de analizar, pues por un lado ratifica que las personas pueden acudir al proceso sin representación legal, y no solo algunos procedimientos simples, y por el otro establece que la Defensa debe posicionarse en uno de los del conflicto, el de la persona acreedora alimentaria. Dejando a la persona deudora, en una total indefensión en caso de que no pueda sufragar los gastos de una representación letrada.

Y es que, si bien se ha dicho que el requerir que las partes se presenten con un abogado o abogada al proceso no constituye una violación al derecho de acceso a la justicia, es claro que existe un problema, pues se ha dejado totalmente desprotegida a una población de la posibilidad de ejercer sus derechos, y acudir ante una persona juzgadora que escuche lo que tiene que decir. Como lo establece el citado artículo 8.1 de la CADH.

Pues es claro que existe una barrera en cuanto al acceso a la justicia de la forma en que se desarrolla el proceso en la actualidad y, precisamente, se trata de una barrera socioeconómica. Por lo que, ante la necesidad de proponer una justicia más accesible a todas las personas, y existiendo una limitación en cuanto al presupuesto para proveer de un debido patrocinio letrado a las personas que no puedan costear este gasto, se decide aplicar el principio de autopostulación.

La tesis de la reforma ha sido eliminar este requisito en los procesos tal vez más proteccionistas, que podrían generar más afectación en caso de que las personas no puedan acudir a la justicia, aplicando el principio de la autopostulación, del que ya se tenía practicado anteriormente en procesos como el alimentario. Es decir, no solo no se corrige la problemática en cuanto a la representación que existe en el proceso alimentario actual, sino que además de esto se amplía su ámbito de aplicación también a otros procesos.

Con respecto a la forma es la que se aplicaría este principio, de acuerdo con el nuevo Código, se encuentra el primer inconveniente en la definición de lo que se considera proceso resolutivo familiar que produzca cosa juzgada material y que no. Pues, deberá ser la persona juzgadora quien deberá definir cuál proceso, a su juicio representa en cosa juzgada material, a pesar de que se establecen algunos supuestos en los que no se da esta situación, como lo son lo relativo a guarda, crianza y educación, la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental y la que resuelva el sistema de interrelación familiar o cualquier conflicto que puedan ser modificados con posterioridad, representa que en el mismo caso, pero ante diferente tribunal, pueda ser valorado distinto este artículo y se den dos casos en los que en uno se dispensará del requisito y en el otro no.

Un ejemplo de esta situación se exponía indicando que, para el juicio de algunos, los procesos de Separación Judicial no producen cosa juzgada material, ya que puede ser variado posteriormente. Pero no así al respecto de la distribución de los bienes gananciales, de conformidad con lo que establece el artículo 63 del Código de Familia antes expuesto.

Lo que genera un proceso que en diferentes situaciones puede ser un criterio válido que no se requiere la representación letrada y en otro sí. Además, es importante mencionar que el proceso de separación judicial dista poco del Divorcio, el cual deberá ser conocido por el proceso resolutivo familiar, como se adelantaba el más complejo en su tramitación, y de acuerdo con el análisis anterior, es previsible que pueda ejercitarse el derecho de forma personal sin la representación de un abogado, lo que podría generar problemas en el desarrollo del proceso, y en específico en la participación de las personas.

Pero tal vez uno de los mayores problemas, que afectan claramente a la efectivización del principio de instrumentalidad, es la saturación de los tribunales de familia. Pues, si bien el grueso de los procesos en los Juzgados de Familia, que son los que verdaderamente sufrirán un cambio sustancial, son los Divorcios por Mutuo Consentimiento, los que de verdad generar un atraso en su tramitación y atención son los procesos contenciosos, en los que las partes se enfrascan en una contradicción que, en lugar de cada vez irse atenuando, con el transcurso de los años en el proceso, se ve aumentado la tensión.

Al respecto, existe un antecedente muy importante para analizar, el cual es el de la ley que crea los Tribunales de Familia en Chile, en 2004. Pues, como se observaba, la ley permite, en su redacción inicial, que las partes comparezcan personalmente sin un “mandatario judicial y de un abogado patrocinante”. Lo cual, por supuesto, desde el Congreso generó una fuerte discusión en torno a su aprobación.

Y no es hasta tres años después cuando se realiza una reforma a este artículo, junto con otros más, pero sin duda este sufre un cambio radical en su estructuración. Este establece que las partes deberán presentarse al proceso patrocinadas por un abogado y crea además las Corporaciones de Asistencia Judicial, quienes asumirán la representación de las personas que no puedan costear un abogado o abogada.

Tal y como se extrae de la doctrina expuesta, los Tribunales de Familia en Chile se vieron realmente en un problema que sobrepasó sus posibilidades. Filas que rodeaban los juzgados, debido a la cantidad de demandas, además de un proceso poco flexible y una implementación deficiente eran el reflejo de que la reforma fue conducida de una forma deficiente. Y por supuesto, el primer afectado el usuario que requería de una justicia pronta y cumplida.

Casas et al. atribuyen esta deficiencia en cierto modo a la aplicación de este principio, ya que, en primera instancia, desde la primera atención al usuario hasta el desarrollo de las audiencias se veían comprometidos.

Como se observa, no es claro que el problema haya sido generado únicamente por la posibilidad de que las partes pudieran interponer los procesos sin la asesoría de un abogado, sino que fueron múltiples factores, desde la planificación que se dio para la implementación hasta la poca capacidad de las personas juzgadoras de realizar las audiencias, la falta de práctica en ese sentido y el mal manejo de algunas, para resaltar algunas que señalan los autores. Pero si queda claro que influyó en el colapso que tuvo el sistema.

El criterio generalizado alrededor de la aplicación de esta figura es que puede resultar peligroso, pues pone a las partes del proceso, tanto personas juzgadoras como las personas interesadas en el proceso, en una situación delicada, en la que por un lado se prevé que provoque un grave desequilibrio procesal, una falta a la igualdad y a la imparcialidad del juez o la jueza, y un proceso más que tedioso que se ve sumado a la falta de conocimiento de las personas de cómo actuar y como desarrollarse en este.

Capacidad procesal PME

El otorgamiento de Capacidad Procesal intenta ser el cumplimiento de lo que establece la CDN al respecto. Un respeto profundo a los principios que se impregnan en todo este cuerpo normativo. En especial se evidencia en la forma en la que se decide darle el tratamiento al derecho que tiene la persona menor de edad de ser escuchada.

Hasta el momento el avance en ese sentido fue con la creación del Código de Niñez y Adolescencia, sin embargo, eso fue en 1998, y en la actualidad, más que interpretaciones y mejor aplicación de esta ley por parte de los Tribunales en algunos sentidos, no existe mayor avance en cuanto al respeto de los derechos de las personas menores de edad. Pero, sí en cuanto al contenido de este principio en su redacción, en el que, si bien no se estableció como de forma expresa, sí existe la mención a que las personas menores de edad deben ser escuchadas en todo proceso administrativo o judicial que afecten sus intereses, sin embargo, no se da un gran desarrollo en ese sentido, ni se explica de la forma en la que debe realizarse.

Lo que la Convención explicaba que el principio consiste en que el niño o la niña pueda expresar su opinión, producto de su propio juicio, en todos los aspectos que este intervenga, siempre tomando en consideración el nivel de madurez. Por lo que para este fin se debe garantizar la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento administrativo y judicial ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

Y considera que esta obligación recae en los Estado, quienes deberán ejercer los mecanismos disponibles para que no se vea cercenado el derecho. También, recalca que la disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño o la niña, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, infantes en conflicto con la ley, menores de edad víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social y los administrativos típicos como las decisiones sobre su educación.

Esto se aplica tanto a los procesos que la persona menor de edad inició, hasta los que afecten a este como por ejemplo la separación de sus padres, o la adopción. Para esto se deberá establecer las medidas legislativas pertinentes en ese sentido.

Finaliza, explicando que debe ser procurado siempre que la participación de la persona menor de edad se de en un ambiente agradable, propio para un niño o una niña. No puede ser un ambiente hostil, intimidatorio, o inadecuado para la edad. Además, debe garantizarse una adecuada transmisión de la información, mediante una adecuada capacitación al personal, un diseño adecuado del lugar donde prestara audiencia y salas de espera separadas.

En cuanto a las cinco medidas que resalta la UNICEF sobre la observancia del derecho de la persona menor de edad de ser escuchado, sí se pone bajo análisis la preparación, la audiencia, la evaluación de la capacidad del niño o la niña, la información, y las vías de recurso; de este modo, es más fácil entender si el otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad resulta una buena decisión para la garantía de sus derechos.

Sin embargo, es importante rescatar que el mismo artículo 12 de la Convención, no hace referencia a que no sea posible dar la oportunidad de ser escuchado, de hacerlo por medio de un representante o de un órgano apropiado, eso sí, este conforma a las normas procedimentales del foro.

El fin de esta norma, según sostenía Henríquez (2017), es garantizar una mejor calidad en cuanto a las resoluciones que se dictan en procesos que intervienen personas menores de edad. Pues existe la obligación de que sean escuchados dentro del proceso, pero sobre lo resuelto, en mayor medida si va contrario a lo que pretende la persona menor de edad, debe existir una basta fundamentación que pueda aclarar los motivos de derecho que incidan sobre la inobservancia a lo que la persona menor de edad solicita.

Esto resulta importante en consideración de la medida que establece que las personas menores de edad deban tener una vía de recurso en el caso de que lo resuelto, considere la persona menor de edad, va en contra de sus intereses.

Si bien la forma en la que se aplique y se considere la participación de las personas menores de edad, deben siempre respetarse el derecho de ser escuchados, existen múltiples formas en las que podrían ser implementado en el proceso. Así se observa también a la luz del derecho comparado. Lo realmente relevante es que mediante estos mecanismos se logre una efectivización de los derechos. Y teniendo ya dictadas algunas reglas en este sentido, lo más lógico y seguro es escuchar con atención lo ya dicho y respetar la forma en la que las observaciones del Comité de Derechos del Niño lo mencionan.

La posibilidad de que las personas menores de edad, mayores de doce años, tengan plena capacidad procesal resulta un mecanismo claro para que a esta población se le garantice el derecho a recurrir y mostrarse inconforme con lo resuelto. De otra manera, a pesar de que se le tenga presente su opinión dentro del proceso, y por medio de entrevistas pueda plasmarse su voluntad, si no es dada la capacidad como la establece el Código, no parece ser posible la efectivización de este derecho tan trascendental, y una vez quedaría en el papel y no sería factible aplicarlo al proceso.

Lo que sí es importante mencionar es que este proceso debe ser siempre bajo un apoyo que brinde el mejor consejo de forma imparcial, siempre teniendo presente el mejor interés. Esto es lo que la doctrina ha denominado el abogado de la persona menor de edad, que es una figura útil y necesaria que debe ser implementada en estos casos con el propósito de que no se convierta la vía para ejercitar sus derechos en un camino intransitable para los niños o niñas, en el que sea abrumante la responsabilidad dada.

Resulta evidente la insuficiencia del avance hecho en el Código de Niñez y Adolescencia, por lo cual debe seguirse en procura de un buen desarrollo progresivo de los derechos de las personas menores de edad. Asimismo, la forma en la que establece el nuevo Código es un claro avance en ese sentido. Lo que debe ser analizado debe enfocarse en si la propuesta fue más allá de lo que se requería, o bien, se trata de un cumplimiento exacto de lo que establece la Convención en ese sentido; Esto recordando siempre lo que resulta relevante para estimar esta situación es que debe ser posible para los niños y las niñas, acceder a sus derechos.

Un aspecto además que no puede ser pasado por alto es la falta de claridad en cuanto a la aplicación del principio de autopostulación a las personas menores de edad. Ya que, si bien se indica que el Estado garantizará la asistencia y el patrocinio letrado gratuito a las personas menores de edad que carezcan de medios económicos suficientes, no se hace ninguna mención a que las personas menores de edad deban, como requisito, siempre presentarse al proceso con un patrocinio letrado.

En el caso de que se aplique tal y como se desprende de la lectura del Código (que el principio de autopostulación aplica también a las personas menores de edad) esto representaría un problema muy grave, ya que la participación de una persona menor de edad en un proceso que como ha quedado demostrado fue creado no con la intención de ser simple para las personas que no tengan el conocimiento en Derecho, podría representar en una lesión a sus derechos.

Por otro lado, si se interpreta que a las personas menores de edad no les es aplicable el principio de autopostulación, y se requiere que las personas menores de edad accionen en compañía de un abogado o abogada, se encuentran dos problemas en cuanto a su tramitación. La norma establece que las personas menores de edad que carezcan de medios suficientes se les asignará un patrocinio letrado, por lo que, en caso de que sí tenga medios para esto (también resulta difícil conocer cómo una persona menor de edad pueda tener medios económicos suficientes y qué menor no), estas personas menores recurrirían a sus padres para que acciones en sustitución de este y así se prescinda del requisito de que deba ser accionado con una representación letrada.

Sin embargo, como se indicaba anteriormente, se trata de diferentes posturas sobre la aplicación de los derechos de las personas menores de edad. En este caso, resulta difícil prever cualquier el resultado de la puesta en práctica de esta reforma en ese sentido.

Resultados Objetivo Número Tres

Derecho comparado

Tal y como lo indica Benavides (2021) “cuando se tiene al frente la titánica tara de construir un Código Procesal de Familia, se entendió que era de crucial importancia conocer de las herramientas que se habían adoptado en los diferentes países del mundo.” (p.419). En este sentido, para la presente investigación también debe ser una prioridad poner bajo estudio el producto que fue entrado como Código Procesal de Familia, a la luz de la experiencia de demás legislaciones.

Para iniciar, como adelanto, resulta necesario exponer que existen cuatro grandes modelos en los que se podrían catalogar la posibilidad de codificar en ese sentido. Estos se exponen a continuación.

1. El proceso es desarrollado en un Código Procesal Civil o en una Ley de Enjuiciamiento Civil. Como es el actual de Costa Rica, a la espera de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia.
2. El proceso de familia está incluido en códigos procesales generales, la cual era, en un principio, la idea que iba a desarrollar Costa Rica, y terminó decantándose por la especialización. Por ejemplo, se encuentra a Colombia, a Uruguay, a Ecuador y a Cuba.
3. En Panamá, Nicaragua y en Bolivia, es regulado el procedimiento en el mismo Código de Familia.
4. Y el cuarto modelo es el de los códigos procesales de familia o las leyes de familia. Por ejemplo, la ya mencionada ley en Chile, la ley de El Salvador de 1994, y las de las provincias de Argentina y estados de México.

El Salvador. Este es uno de los países que cuenta con una ley especial para regular los procesos de familia, la Ley Procesal de Familia de El Salvador (decreto 133, 1994).

En lo que interesa para la presente investigación, establece la Ley que toda persona deberá comparecer al proceso por medio de un representante legal, a menos de que está autorizado para ejercer esta procuración. Lo detalla de la siguiente forma:

> Procuración Obligatoria Art. 10.- Toda persona que haya de comparecer al proceso por derecho propio o como representante legal, lo hará por medio de apoderado constituido con

> arreglo a la Ley, salvo que la misma estuviere autorizada para ejercer la procuración. Las personas de escasos recursos económicos podrán solicitar ser representadas por auxiliar designado por el Procurador General de la República. (decreto 133, 1994)

También en ese sentido establece que en cada Juzgado de Familia habrá un Procurador de Familia, quien deberá velar por el interés de la familia, de los menores, incapaces y de las personas adultas mayores, y además actuará en representación de la parte demandada en los casos previstos por la Ley (art. 19, Ley Procesal de Familia, Salvador, 1994). Es decir, la constitución de la figura de curatela que se prevé en el Código, en esta ley está delegada a la misma procuraduría, y este en quien deberá velar por los intereses también de las personas menores de edad.

Sobre la capacidad procesal de las personas menores de edad. Analizan la ley, Figueroa et .Pérez (2010), quienes exponen lo siguiente:

> (…) acotando esta Cámara que en todo proceso o procedimiento en que se ventila un derecho propio del menor ya sea en su nombre, filiación, alimentos, etc.- será éste directamente quien comparecerá al proceso o diligencia mediante apoderado legalmente constituido, esto es, a través de poder otorgado en su nombre por sus progenitores (por ser menor de edad), como efectivamente ocurre en el sub-lite. (Cam.Fam. S.S. cinco de diciembre de dos mil cinco. Ref. 143- A-2005) Para el caso de los alimentos, éstos constituyen un derecho propio y exclusivo del hijo, por lo que cuando es menor de edad debe intervenir en el proceso por medio de su representante legal, con asistencia letrada obligatoria, cuya personería debe ser acreditada mediante la relación pertinente en el poder que el padre o la madre otorguen (en su caso). Tratándose del cuidado personal es el padre el titular del derecho y es él (ella) quien en nombre propio solicita se le tutele su derecho. Igual situación sucede con el régimen de comunicación y trato. En el sub-lite, la Sra. (…) es quien tiene el cuidado personal del menor (…). Por tanto, la Licda. (…) no actúa como apoderada del menor en el proceso, ya que no está legitimada para intervenir en nombre del mismo, sino sólo como apoderada de la demandante. En conclusión, tratándose el punto apelado de una consecuencia directa del cuidado personal, es procedente darle intervención a la Licda. (…), no obstante que no haya presentado el poder para actuar en nombre del niño (…9, pues como ya se dijo se trata de dos pretensiones diferentes y de distinta naturaleza. (p. 71)

Es decir, se trata de una tutela similar, en la que si bien se establece que la persona menor de edad es quien comparecerá al proceso directamente, lo deberá hacer mediante apoderado legalmente constituido, a través de poder otorgado en nombre de sus progenitores. Por lo cual, podría ser situado en un punto medio entre la actualidad en Costa Rica y lo que se pretende con la Reforma Procesal de Familia, en la que no figura como una persona con total capacidad procesal, pero se debe reconocer su ejercicio de forma personal. El cual es canalizado siempre por sus padres.

Argentina. En la Provincia de Buenos Aires, con la Ley 11453 (modificada mediante la ley 11532) se establece La creación en el Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, el "Fuero de Familia", compuesto por tribunales colegiados de Instancia Única.

En su artículo 828, se define que todas las personas que desean exponer alguna pretensión contenida en el artículo 827 debe presentarse al proceso, con patrocinio letrado. Este explica:

> Toda persona que peticione por cualquiera de los supuestos enumerados en el artículo que antecede deberá presentarse, con patrocinio letrado, ante el Tribunal de Familia que corresponda, salvo que optare por la competencia de los Juzgados de Primera Instancia Descentralizados o la de los Juzgados de Paz, en cuyo caso se estará a los procedimientos establecidos para los mismos. (art. 828)

El artículo 827, en esencia, establece que todas las pretensiones relacionadas a la disolución del vínculo matrimonial, repartición de bienes, conflictos con los atributos de la responsabilidad parental, disposición de bienes de personas menores de edad y personas con discapacidad, solicitud de matrimonio, adopciones, emancipaciones, y todo lo relativo, deberá ser conocido por los tribunales de familia, por ende, deberán actuar mediante representación patrocinio letrado.

También establece la posibilidad presentar la “etapa previa” sin representación letrada, cuando existan razones de urgencia que lo justifiquen:

> Artículo 830. La etapa previa se promoverá mediante la presentación de “solicitud de trámite” ante la Receptoría General de Expedientes, de conformidad a la reglamentación que establezca la Suprema Corte de Justicia, pudiendo la misma presentarse sin patrocinio letrado cuando razones de urgencia lo justificaren.

En la Provincia de Entre Ríos, establece una Ley Procesal de Familia (Ley 10668, 2019), en el que en el artículo 1 establece que sus principios son:

> 1) Autoridad del Juez: los jueces tienen el deber de prevenir y sancionar todo apartamiento de la buena fe y lealtad procesal y de dirigir el proceso para asegurar su observancia; 2) Los procesos de familia deben tramitar ante jueces especialistas; 3) Oficiosidad: el tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible; 4) Celeridad; 5) Oralidad con inmediación; 6) Concentración; 7) Saneamiento; 8) Eventualidad; 9) Inmediación; 10) Acceso limitado al expediente: el acceso está limitado a las partes, sus representantes, letrados y a los auxiliares designados en el proceso. En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, la remisión se ordena sólo si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva; 11) Flexibilidad de las formas: para evitar excesos rituales, el Juez puede adaptar las formas sin conculcar el debido proceso. El pedido y la causa de la petición pueden ser interpretados extensivamente; 12) Veracidad y colaboración procesal; 13) Preferencia por la solución consensuada de los conflictos; 14) Tutela judicial efectiva, que debe manifestarse en el acceso a la justicia, el debido proceso, la eficacia de institutos y procedimientos y la materialización oportuna de los derechos reconocidos. (art.1)

En cuanto a la gratuidad que rige en el proceso establece el artículo 2 que para los procesos que sean carentes de contenido económico, y reclamo de alimentos, pueden las partes alegar insuficiencia de recursos. Esto aplica para los impuestos, tasas, anticipos de gastos, así como para las costas o gastos del proceso. No es claro si se trata de una posibilidad para que la persona juzgadora otorgue la posibilidad de presentarse al proceso sin representación letrada.

Lo que sí establece la ley es la especificación si para cada proceso es necesario que sea presentado con patrocinio letrado, al respecto se pueden destacar los siguientes:

> Art. 98º: Voluntad de los padres a favor de la adopción. La decisión de los progenitores de que su hijo sea adoptado por otras personas debe ser manifestada judicialmente, con patrocinio letrado, ante el Juez correspondiente a su domicilio.

> 123. Los Procesos de Alimentos, se rigen por las siguientes reglas: 1) Autonomía progresiva: los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente, están legitimados para peticionar alimentos; deben intervenir con patrocinio letrado;

> Art. 167º: Divorcio bilateral. En este juicio, los cónyuges peticionan el divorcio en un mismo escrito, al que deben adjuntar el convenio regulador sobre los efectos del divorcio o, en su defecto, la propuesta unilateral de cada uno. En ambos casos, el escrito debe ser patrocinado por un abogado para cada parte.
>
> Art. 168º: Divorcio unilateral. En el divorcio unilateral, cualquiera de los cónyuges con patrocinio letrado solicita su declaración.
>
> Art. 222º: Legitimación. Los representantes legales, quienes tengan a una persona menor de edad bajo su cuidado o el propio niño, niña o adolescente si cuenta con edad y grado de madurez suficiente con el correspondiente patrocinio letrado, pueden solicitar autorización judicial para que los niños, niñas y adolescentes salgan del país ante la negativa o ausencia de uno o ambos representantes legales.

Por otro lado, también se prescinde de esta regla en algunos supuestos como es el caso de la tutela de protección por violencia intrafamiliar o contra la mujer:

> Aspectos generales. Todos los actos procesales cuentan con habilitación de días y horas inhábiles para esta tutela de protección.
>
> Para denunciar hechos de violencia familiar o contra la mujer en el ámbito doméstico, no se requiere patrocinio letrado. Sin embargo, cuando el Juez imprima el trámite a la denuncia, podrá la víctima comparecer con abogado especialista que la asista.(art. 267)

En la Provincia de Mendoza, se promulga el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (2018) y establece en sus principios la oralidad e inmediación, oficiosidad, buena fe, gratuidad y acceso limitado al expediente. En cuanto a la gratuidad, hace referencia a que “Los procedimientos regulados por esta Ley carentes de contenido económico son gratuitos”:

> Articulo 19- Regla general. El patrocinio letrado será obligatorio, salvo en los siguientes procesos:
>
> a) Acciones derivadas de la inscripción de nacimientos, nombre de las personas, estado civil y sus registraciones;
>
> b) Acciones derivadas de la identidad de género;

c) Solicitud para salir del país;

d) Todas las acciones derivadas de la violencia familiar con el alcance previsto en esta Ley;

e) Desarchivo.

Siempre será obligatorio el patrocinio en la etapa recursiva.

Además, establece para los casos de tramites sin patrocinio letrado, lo siguiente.

Articulo 21- Trámite sin patrocinio letrado. El interesado podrá concurrir en todo momento al Tribunal a los fines de compulsar las actuaciones en las que sea parte, sin necesidad de patrocinio letrado. Las peticiones, en las actuaciones donde no se encuentre interviniendo un patrocinante, se recibirán en un formulario especial en el que se consignará además de la petición, el nombre completo, número de expediente y Juzgado interviniente si lo conociere. En las actuaciones que ya se encuentren tramitando con patrocinio letrado, el personal de Mesa de Entradas recibirá la petición, la cual será proveída y notificada al patrocinante en forma electrónica.

Hecho por el cual su lectura no parece resolver la posibilidad de que las partes se presenten al proceso sin un abogado o abogada, sino que podrá consultar el expediente para cotejar la información únicamente.

En cuanto a la capacidad de las personas menores de edad establece que el proceso de familia debe desarrollarse con la participación de las niñas, niños y adolescentes, mayores de edad con capacidad restringida e incapaces, además un deber y atribución de las personas juzgadoras es escuchar de manera directa a los niños, niñas y adolescentes involucrados y valorar su opinión según su edad y grado de madurez.

Además, se encuentra la posibilidad de que las personas menores de edad, con edad y grado de madurez suficiente cuenten con un abogado que les represente. Así se explica en el siguiente artículo:

Las niñas, niños y adolescentes que cuenten con edad y grado de madurez suficiente podrán solicitar al/la Juez/a la designación de un/a abogado/a conforme lo previsto en el Título II

> Capítulo I del CPCCy T, quien lo designará del Registro de Abogados del Niño Ad-Hoc. (art. 20)

En consideración de lo anterior, conviene aclara que la figura que establece el Titulo II Capítulo I del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza, en concreto el artículo 20 inciso II, indica que las personas que no tengan libre ejercicio de sus derechos pueden ser representados mediante un apoyo jurídico designado, por lo que es claro que no cuentan las personas menores de edad con capacidad, sino más bien su edad representa una limitación a esta:

> II. Quienes no tengan el libre ejercicio del derecho que invocan litigarán mediante sus representantes legales, asesorados y autorizados conforme a las leyes. Los litigantes con capacidad restringida deberán ser asistidos por los respectivos apoyos designados judicialmente cuando así corresponda de acuerdo con los términos de la sentencia que dispuso la restricción de su capacidad.
>
> V. El niño, niña o adolescente que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede: a. Si existe conflicto de intereses con sus representantes legales, intervenir con asistencia letrada. b. Voluntariamente presentarse y solicitar la designación de un abogado para que lo asista en las peticiones que los afecten directamente.
>
> VII. INFORMACIÓN SOBRE ABOGADO ESPECIALIZADO A PERSONAS MENORES DE EDAD Y CON CAPACIDAD RESTRINGIDA. Los niños, niñas y adolescentes que cuenten con edad y grado de madurez suficiente y las personas con capacidad restringida pueden solicitar al Juez, o al asesor de personas menores de edad, incapaces y capacidad restringida, información sobre los posibles abogados especializados, inscriptos en el registro local, a los fines de poder elegir uno que lo asista en juicio.

Panamá. El caso de Panamá, como Nicaragua y Bolivia, encuentra su regulación procesal en el Código de fondo. Esto en los artículos 737 hasta el 834 del Código de Familia (Ley 3, de 1994).

Lo importante de resaltar en este caso es que el Ministerio Público deberá intervenir como representante del Estado, y el Defensor del menor, en los procesos determinados bajo sanción de nulidad en caso contrario. Además, se dispone una figura llamada “Abogados de Oficio” quienes

asumirán la representación gratuita de ciudadanos, familias, menores o personas con discapacidad que carezcan de este medio:

> En las cabeceras de provincias y en los distritos donde funcionen Juzgados de Familia y Juzgados de Menores, serán nombrados uno o más abogados de oficio, que asumirán la representación gratuita ante los Juzgados de Familia y los Juzgados de Menores, de ciudadanos, familias, menores o de discapacitados que carezcan de medios económicos para pagar los servicios de un abogado, cuando el caso lo requiera, conforme a este Código. (art. 829)

Por lo que parece indicar que la representación de un abogado o abogada es necesaria en el proceso, sin embargo, se cuenta con esta posibilidad. Al respecto se puede citar: "En los casos sujetos a procedimiento sumario, la demanda podrá ser verbal o escrita y no revestirá formalidad alguna" (art.790). Por lo que se puede interpretar que en estos casos aplica el principio de autopostulación.

Chile. Chile es de las legislaciones que cuentan con vasta experiencia en un sistema especializado en materia procesal de familia. Si bien ya se explicó la forma en la que se dio la reforma procesal en esta materia, existen algunos aspectos que interesa desarrollar en este apartado.

Como ya se explicó, la Ley 19968 que Crea los Tribunales de Familia establece la creación de juzgados especializados en la materia. Entre sus principales características que la puedan hacer distinta, es la creación de un Consejo Técnico que sirva de apoyo a la judicatura, con las siguientes funciones:

> La función de los profesionales del consejo técnico será la de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad. En particular, tendrán las siguientes atribuciones: a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas; b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente; c) Evaluar, a requerimiento del juez, la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo, y d) Asesorar al juez, a requerimiento de éste, en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7º de la ley

> Nº20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, y e) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad. (art. 5, Ley 19968, Chile, 2004)

Así define Henríquez (2017) al consejero técnico:

> Es un auxiliar de la administración de justicia, un profesional trabajador social, orientador familiar o psicólogo12 con formación de postgrado acreditada en materia de infancia, adolescencia y familia, que realiza labores de asesoría al juez de familia. Es la persona, el funcionario público que desarrolla la función individual del consejo técnico, y puede actuar en audiencia o bien por escrito, emitiendo su parecer profesional sobre una materia y causa determinada. No es un perito, pues no desarrolla un peritaje ni realiza informes periciales.13 No es parte en la causa, pues auxilia al juez. No es Juez tampoco pues sus opiniones no son vinculantes para el juez en el ejercicio de su jurisdicción.14 No es parte, no es juez, no es perito, pero sus opiniones pueden ser consideradas por el Juez. Es desde esta perspectiva, una figura particular, y se aproxima mucho a un «amicus curiae», tercero que tiene una voz autorizada, en este caso por su formación profesional, frente a casos de reconocida complejidad interdisciplinaria, tales como violencia intrafamiliar o vulneración grave de derechos, entre otras materias. (p.144)

A diferencia de Costa Rica, en cada juzgado de familia habrá un consejo técnico; todos estos como auxiliares de la administración de justicia.

El artículo 18 reza que “En todos los procedimientos que se sigan ante los juzgados, las partes deberán comparecer patrocinadas por un abogado”. Esto con la excepción de que la persona juzgadora considere que en necesario exceptuar expresamente, lo cual hará mediante resolución fundada. Además de que en los procedimientos establecidos en el Titulo IV no aplicarían esta obligatoriedad. El título IV hace referencia a los Procedimientos Especiales, las cuales son las medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, lo relativo a los actos de violencia intrafamiliar, los actos judiciales no contenciosos y el Procedimiento Contravencional.

Por lo que, aun a pesar de las reformas, sigue existiendo la explicación del principio de autopostulación. Aunque ya no en todos los procesos como se propuso en un inicio. Pero fue realizada con la aplicación e intervención de las Corporaciones de Asistencia Judicial:

> Ambas partes podrán ser patrocinadas y representadas en juicio por las Corporaciones de Asistencia Judicial. La modalidad con que los abogados de las Corporaciones de Asistencia Judicial asuman la representación en dichas causas será regulada por el reglamento que dictará para estos efectos el Ministerio de Justicia. (art.18)

En cuanto a las personas menores de edad, el artículo 16 indica que estas tienen derecho a ser oídas, y como objeto de la ley garantizar el respecto, ejercicio y pleno goce de sus derechos y garantías, lo cual se expone así.

> Artículo 16. Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.
>
> El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento
>
> Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años.

Sobre la representación de las personas menores de edad en el proceso, dice la ley, en el artículo 19 que:

> El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. (art. 19)

Es decir, se trata de una figura de un curador que represente los intereses de la persona menor de edad, no así una posibilidad de actuar de forma personal en el proceso. Y así lo resalta el tercer inciso del citado artículo “La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley” (ídem).

Estados Unidos. El Caso de Estados Unidos resulta importante analizar, pues se trata de un modelo de derecho distinto al que en la región es utilizado. Por lo cual, un análisis desde este

punto de vista resulta beneficioso en muchos sentidos. En este mismo orden de ideas, Sánchez y Benavides (2006) desarrollan la forma en la que se establece el proceso de la siguiente forma:

> En 34 de las 51 jurisdicciones (50 estados más el Distrito de Columbia) existen tribunales de familia especializados "Family Courts". En los que no tienen esta especialización los casos son abordados por la jurisdicción civil. En Estados Unidos el primer tribunal de familia especializado fue abierto alrededor de 1900 en el Estado de Ohio. El estilo de litigio en los casos de derecho de familia es adversarial no de naturaleza inquisitoria. Las audiencias son en la sala de juicio con el público presente, salvo las de la etapa previa que son en las salas creadas para ese efecto. Naturalmente, intentar estandarizar 51 jurisdicciones resulta difícil como ocurre en los estados federales. (Sánchez et al, 2006, "Estados Unidos", párr. 1)

La principal diferencia es que se cuenta con la particularidad de otorgar a los juicios de publicidad, en la que todas las salas de los juzgados están abiertas al público. Al respecto sostienen que:

> ¿Puede uno representarse a sí mismo? Sí. Cuando una persona se representa a sí misma, se le llama litigante "pro se." Todo litigante "pro se" debe seguir los mismos reglamentos que sigue un abogado, incluyendo los reglamentos de procedimiento y pruebas. (…) ¿Tengo derecho a un abogado de oficio, o sea, designado por la corte? Sólo bajo circunstancias especiales. ¿Qué hago si no puedo pagar un abogado? Existen varios programas en el Condado Harris que ofrecen ayuda a las personas que no pueden pagar a un abogado, sin embargo, se requiere que caiga dentro de ciertos lineamientos económicos. (Sánchez et al, 2006, "Estados Unidos", párr. 16)

Entrevistas estructuradas

Luego conocer el criterio de las personas entrevistadas mediante una entrevista no estructurada, es necesario realizar entrevistas estructuradas con el fin de recabar más ágilmente la información que permita el cumplimiento de los objetivos marcados, y en este caso lograr sintetizar sobre las preocupaciones y manifestadas por los primeros entrevistados.

Pregunta número 1. Al respecto de los procesos resolutivos familiares, ¿cree que es claro el Código en cuanto a cuáles pretensiones producen cosa juzgada material y cosa juzgada formal? ¿Por qué?

Karol Vindas Calderón, Jueza del Juzgado II de Familia de San José: No es tan claro, me parece que es una costumbre de usar el Código Procesal Civil, de mostrar formalidad y regularidad. El nuevo Código deja abierto a la interpretación, por esto podría producirse confusión, si es determinado por cosa juzgada o no, ya que lo que tiene que ver con personas menores de edad es reversible y los procesos patrimoniales, queda igual.

Mayra Trigueros Brenes, Jueza del Juzgado Primero de Familia de San José: Me parece que sí es claro el código porque lo define bien en el artículo 50. Lo que me preocuparía es cómo le explicamos a las partes, cómo comunicamos a las partes esa diferencia entre la cosa juzgada, formal y material. Porque yo esperaría que los profesionales en Derecho aún estudiantes, pensando en consultorios jurídicos, tenga clara la diferencia, es una diferencia técnica… es cómo transmitimos eso a las personas usuarias, que son las que necesitan saber. Cuando pueden o cuándo no usar el principio de autopostulación.

Douglas Román Díaz, abogado litigante especializado en materia de familia con 29 años de experiencia: Yo por lo menos leyendo el Código. Lo vi claro, ya si usted va a estudiar con detalle ese punto, pues podría encontrar alguna irregularidad, pero en realidad, por lo menos yo veo claro esa posibilidad que brinda el Código.

Pregunta número 2. ¿Considera que pueden surgir problemas en cuanto la implementación de la figura de la autopostulación? ¿Cuáles son estos problemas?

Karol Vindas Calderón: Es una iniciativa que va a permitir solventar algunos conflictos, pero hay demasiada desinformación, el país no tiene tanta cultura jurídica para poder llevarlo a cabo, no tenemos una defensoría de los habitantes muy fuerte, tampoco una defensa pública muy fuerte, el PANI está en decadencia, el ministerio de educación apenas puede con los temas esenciales, sería difícil asesorar a menores de edad para postular derechos, Al juzgado de niñez adolescencia se le está restando protagonismo y debió haber sido más fortalecido.

No me puedo imaginar a personas menores de edad reclamando visitas, que es un tema menor a temas de responsabilidad parental, podría llegar un menor a decir que los papas no lo dejan

ponerse un piercing, que no lo dejan ir a una fiesta, un concierto. Puede prestarse para mucho, por la desinformación, incluso, a esta hora no se ha estructurado una campaña informativa para que sepamos cómo vamos a hacer

Mayra Trigueros Brenes: Existen muchísimos problemas. Podemos empezar por el que le acabo de decir: La habilidad de comunicar conceptos técnicos de manera popular y sencilla. Me parece que los abogados esa habilidad no la tenemos, o sea, tendemos a complicarnos, por lo que el primer elemento es el de la comunicación. También tiene problemas de ejecución, porque si yo tengo la capacidad de comunicar, no significa que el receptor tenga capacidad de aplicar.

Me parece que hay que tener mucho cuidado con el desbalance de poder procesal. Me parece que el principio de imparcialidad y objetividad está siendo comprometido con la autopostulación. De darse esta situación se podrían derivar más problemas.

Douglas Román Díaz: La figura tiene un fin bueno, que es que la toda persona pueda recurrir a la justicia sin necesidad de tener que ir a pagar a un abogado o tener que representarse por un abogado. Lo que ocurre es que hay varias cosas que yo veo que van a ser complicadas. Número 1, el nuevo código procesal de familia va a ser muy técnico, el abogado que no esté preparado se le va a caer el mundo o la va a pasar muy mal en las audiencias porque tiene que estar adecuadamente preparado, entonces imagínese el abogado, ahora qué va a pasar con un usuario que llegue sin representación.

Un segundo problema es cuando a la hora de los interrogatorios. En los procesos contenciosos, ha sido reiterado el problema cuando uno va y llega la otra parte sin representación a la hora de preguntar es un caos, incluso uno como abogado contrario, hasta termina casi que ayudándole a formular las preguntas que porque no las saben hacer y porque no tienen las técnicas para hacerlo.

Dependiendo del tipo de proceso… no necesariamente el juez va a poder balancear o influir adecuadamente para que el proceso se torne un poco más justo. Un cuarto elemento va a ser que va a generar mucha injusticia porque va a llegar una persona bien representada y otras sin este.

Pregunta número 3. ¿Cree usted que la implementación de esta figura pueda generar un crecimiento importante en cuanto al circulante de los tribunales?

Karol Vindas Calderón: Sí puede ser, no solo en el circulante de nosotros, recordemos que nosotros vamos a tener auxiliares en trabajo social y psicología, mucho más cercanos. Yo soy abogada, mi formación es jurídica, no es en trabajo social o psicología, la experiencia me ha dado algunas herramientas, pero no recuerdo ninguna capacitación o maestría de cómo hacer una entrevista a una persona menor de edad, para saber cómo llevar a cabo la postulación, voy a necesitar a una psicóloga que esté ayudándome a interpretar la conducta de la persona menor de edad o una trabajadora social que me acompañe a ver las necesidades que esa persona menor de edad está requiriendo. No solo será un aumento en el circulante, también en las demandas que necesitamos nosotros en materia del Departamento de Trabajo Social y Psicología, que sea capacitado, menos que los técnicos de nosotros, pero deberían de estar en igualdad de condiciones, porque son auxiliares de nosotros.

Mayra Trigueros Brenes: Sí, claro. Estoy, segura que va a crear un aumento en el circulante. Porque ¿cuántos papás y mamás hay que no pueden ver a sus hijos? Pero la razón para no pedir un sistema de comunicación y visitas es porque no pueden contratar un abogado. Que eso trae en sí mismo otro riesgo y es que estamos hablando de que quienes van a aplicar o usar el principio de auto postulación son personas en diversos estados de vulnerabilidad. Significa que persé vamos a tener a las personas en situación de pobreza utilizando el principio de autopostulación.

Douglas Román Díaz: Pienso, y estoy seguro de que sí va a crear un circulante enorme, creo que eso les va a pasar, hablo de un caos a nivel judicial. Porque por lo menos cuando una persona llega a donde un litigante, el litigante puede filtrar. Si presenta una gestión o no entonces, por ejemplo, hoy he atendido tres personas en la mañana, de las cuales dos venían para presentar trámites. Entonces vi que la demandas no son viables, o sea, para qué van a presentar demandas y no van a tener ningún fundamento. El juzgado muy probablemente le va a tener que dar trámite.

Pregunta número 5. ¿Cree que la implementación de la figura de la autopostulación pueda ir en contra del principio de igualdad? ¿Por qué?

Karol Vindas Calderón: Nosotros estamos para garantizar la neutralidad, no solo a la hora de decidir de forma imparcial, sino neutralidad en los espacios donde se vayan a discutir estos temas. Por ejemplo, pensemos en un en una persona menor de edad que vaya a auto postular un proceso de custodia de uno de sus progenitores y que el papá venga con un abogado, no solo la

persona menor de edad es vulnerable por su condición propia de serlo, sino que además va a estar en la desventaja de no tener abogado

Mayra Trigueros Brenes: Sí claro, porque no es lo mismo enfrentarme yo solita, madre de un niño, a un bufete grande de abogados especializados en derecho de familia y probablemente haya varias vulnerabilidades. Es un proceso de autopostulación enfrentándome a mi contraparte, que sí tiene abogado. Recordemos que el principio de autopostulación el facultativo, yo decido si ejerzo mi autodefensa, pero la otra parte no. Que yo esté sin abogado no significa que la otra parte también. Entonces veo un claro problema de desbalance de poder procesal, un desequilibrio procesal en los casos en donde una parte tenga abogado y el otro no.

Douglas Román Díaz: No, porque si la ley le da la posibilidad de representarse solo o con un abogado, la persona va a escoger. Y si va a escoger representarse solo, pues entonces tuvo la igualdad de condiciones. Eso por lo menos mi consideración. Pero si se le están violando otros derechos al no brindársele otras posibilidades económicas no da acceso a profesionales para que puedan colaborar en su defensa.

Pregunta número 6. ¿Cree que la implementación de la figura de la autopostulación pueda provocar que exista una violación al principio de juez imparcial?

Karol Vindas Calderón: Sí, objetivamente sí. El juez va a tener que desdoblar su naturaleza de imparcialidad y va a tener que volverse proteccionista. Porque hay una persona menor de edad exigiendo esa protección, no hay una igualdad de partes. Entonces nosotros, sí o sí, vamos a tener que observar principios, en una balanza, por ejemplo, están los derechos de una persona adulta que sea una mujer y están los derechos en la otra parte de la balanza de las personas menores de edad.

Mayra Trigueros Brenes: Quisiera anotar, que una cosa fue lo que se presentó a la Asamblea Legislativa y otra la que se aprobó. El principio de autopostulación desde el proyecto hablaba de un principio de autopostulación, como al final quedó, pero con un fortalecimiento del departamento de defensores públicos. Desde esa visión, ahí sí entiendo menos riesgos, porque se hablaba de la posibilidad, como el laboral, de que tanto demandados como actores pudieran tener defensa pública. Pero como lo decía antes, claro que sí. Ante esto creo que debemos prepararnos. Debo pulir mis habilidades de comunicación, mis habilidades orales. buscar mecanismos objetivos de comunicación a las partes. Me refiero a un “brochure”, de forma tal que yo le explique las partes

sin necesariamente estar en la audiencia, porque durante la audiencia algunos va a creer que yo lo estoy beneficiando al otro. Pero ese material, tampoco lo tenemos.

Douglas Román Díaz: Yo no creo que vaya a violar la figura de un juez imparcial. No sé eso sería ingenuo o no, pero yo pongo las manos al fuego por los juzgadores para decir que ellos siempre van a Juzgar en un proceso de familia conforme lo estimen mejor que entonces. No creo que eso vaya a influir. Lo que sí va a representar probablemente conflictos para los mismos jueces al momento de llevar a cabo las audiencias y el proceso, porque van a tener que de una forma u otra balancear el proceso para que una parte no se coma a la otra. Pero no creo que esto afecte en la decisión imparcial del jugador.

Pregunta número 7. ¿Cuál es su opinión general en cuanto a la implementación de la figura de la autopostulación con la Reforma Procesal de Familia?

Karol Vindas Calderón: Es un avance, la idea es muy buena, yo estoy muy satisfecha con esa intención, pero puede salirnos más caro el caldo que los huevos, como decimos popularmente, cuando no tengamos las estrategias para ejecutarla.

Mayra Trigueros Brenes: No es que estoy en contra del principio de autopostulación, es que creo que lo tiramos sin las herramientas.

Douglas Román Díaz: A mi criterio no debería ser tan amplia la posibilidad, podría generar indefensión, capricho, y un caos a nivel judicial. Debería analizarse cada caso en concreto.

Pregunta número 8. ¿Está enterado de la forma en la que el Código establece el otorgamiento de Capacidad Procesal a las personas menores de edad?

Karol Vindas Calderón: Sí, bueno, en realidad el Código no habla de qué es exactamente lo que lo que vamos a tener que hacer, me parece, nosotros habíamos discutido que, si había que hacerle un estudio psicológico a cada uno de los chiquitos para saber es igual un chiquito de 9 años de la Carpio, a un chiquito de 9 años que esté matriculado en la Angloamericana. Ya con solo eso, el grupo etario se quiebra porque no va a depender específicamente de la edad. Va a depender de la estimulación de su entorno, de la realidad ecológica en la que se ha desarrollado. Entonces ¿podríamos decir que todas las personas de 9 años, de 12 o de 15, son capaces en igualdad de condiciones? Me sigue pareciendo una pregunta compleja de responder.

Mayra Trigueros Brenes: sí.

Douglas Román Díaz: sí.

Pregunta número 9. ¿Está de acuerdo con el otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad de la forma que lo hace el Código?

Karol Vindas Calderón: A mí no me parece que el simple hecho de decir: "corresponde a este grupo etario o a este otro" va a ser suficiente. No es lo mismo un niño estimulado a un niño que no está estimulado, los chiquillos son muy diferentes si están bien estimulados. Hoy en día, el Ministerio de Educación dice que los chiquitos pueden entrar a maternal a partir de los cuatro años. Pero chiquitos donde el papá y la mamá trabajan, que entran al maternal, en sala cuna y demás, ¿de cuántos años estamos hablando que ya empiezan a ser estimulados? Entonces, todas estas diferencias socio económicas sí me parece que van a repercutir.

Mayra Trigueros Brenes: Que complicada esa pregunta. Creo que era necesario este cambio de visión, pero creo que fue ideal, pero a la vez un poco desbocada y sin límite. Si tengo que tomar una postura, diría sí apoyo esa intervención activa y progresiva la apoyo desde todo punto de vista, teniendo como base una filosofía de Derechos Humanos y teniendo como base esta nueva visión de derechos y obligaciones como seres humanos que también tienen las personas con discapacidad. Pero sí creo que pudo mejorarse.

Douglas Román Díaz: Esto viene de años, implementándose poquito a poco. Entonces, por ejemplo, antes era absurdo, que, por ejemplo, un menor de edad tuviera que firmar un acuerdo de divorcio en donde esté de acuerdo, valga la redundancia, en la custodia o las visitas de su papá hacia él. Antes era increíble eso, pero ahora, por ejemplo, vienen juzgados y no voy a mencionar cuáles, en donde dice "Es que el menor tiene que participar en la firma del documento", así entonces de ahí uno tiene que citar al menor de edad de 15, 16 años para que forme parte de un divorcio en la cual uno no quisiera que forme parte. O igual, el juzgado los llama para que los entrevisten, para ver si está de acuerdo o no.

Pregunta número 10. ¿Considera que es claro el Código al respecto si las personas menores de edad deben apersonarse con representante legal, o por el contrario les aplica el principio de autopostulación?

Karol Vindas Calderón: Sí, me parece que sí.

Mayra Trigueros Brenes: Sí, correcto. Recordemos el artículo 41 y la capacidad y el ejercicio pleno que tienen, el no aplicar el principio de autopostulación, consideró que sería una forma de discriminación etaria; si yo digo que el artículo 50 no se les aplica a los menores de edad a los que se les dio capacidad en el 41 estoy aplicando para mí una discriminación etaria… Yo espero paliar este desequilibrio con un curador del artículo 45, inciso 2.

¿Entonces un niño, una niña o adolescente puede apersonarse proceso, pero es deber del juez que le nombre a un representante de alguna forma?

No es un representante, es un apoyo, porque él tiene la representación legal, él es un apoyo. Sí hablamos de un representante. Le estamos quitando la representación del artículo 41 y él puede actuar por sí mismo. Una persona menor de edad, mayor de 12 años. Y para una persona menor de edad, menor de 12 tenemos el último párrafo del artículo 41; los menores de 12 solo pueden accionar.

Pero recuerde que la persona menor de edad también podría ser sujeta a demanda. Si usted me habla que una persona menor de edad mayor de 12 se presenta el juzgado a demandar. Pero también podría ser demandada. ¿Podría ser el menor el que llegue con el uniforme de colegio a decirme mi mamá no me deja ver a mi papá y yo quiero un sistema de comunicación y visitas? sí. Pero también podría suceder que, eso es lo bonito del artículo, el artículo 42 concede esa asesoría legal de la persona menor de edad, en mi opinión, independiente de la posición jurídica que tenga en el proceso: actor, demandado, tercer interviniente o lo que sea, el Estado se compromete a darle asesoría legal y así tendría que ser, porque si no, entonces de qué me sirve darme un derecho sino tengo la efectividad.

Douglas Román Díaz: En realidad, la autopostulación todo apunta a que va a aplicar también para las personas menores de edad, porque incluso actualmente aplica, por ejemplo, un proceso de Violencia doméstica lo puede poner la persona menor de edad, ahí el tema es la edad pero entonces, eventualmente siento que la autopostulación se va a dar y que la persona va a poder presentar su gestión, lo que yo creo es que debería no ser abierto a todos los procesos, sino a determinado tipo de procesos, o porque si no va a generar mucho problema

Pregunta número 11. ¿Está al tanto de cuales instituciones brindarán asistencia legal gratuita a las personas menores de edad?

Karol Vindas Calderón: (…) Porque van a haber muchos menores pidiendo derechos, sin ninguna asesoría como corresponde. No he oído nada, después de seis meses de la implementación del Código, por parte de la Defensoría de los habitantes, que haya hecho algún diagnóstico en este tema y mucho menos del PANI.

Mayra Trigueros Brenes: A mí me parece que eso lo va a asumir la defensa pública, pero no tengo noticia clara, o sea, así que yo lo sepa, no.

Douglas Román Díaz: No, no he escuchado ningún movimiento de cuál va a ser esa institución o algo. No sé si estaré mal informado, pero no he escuchado ninguna, asumo que debería ser el Patronato nacional de la infancia quien deba asumir esa función.

Pregunta número 12. ¿Considera que las personas juzgadoras están capacitadas para incluir al proceso a personas menores de edad?

Karol Vindas Calderón: Yo tengo 25 años de ser jueza, y yo vuelvo a ver la jueza que yo fui hace 10 años, no se parece a la de hoy. La experiencia que, yo tuve en el juzgado de niñez y adolescencia, que fue voluntaria, porque yo quería ir a ese juzgado y la que adquirí a través de los procesos en materia de familia es distinta… Entonces todavía me parece que no estamos tan preparados, no hay un protocolo todavía, aprobado, por ejemplo, por la escuela judicial, que diga "Las personas menores de edad se van a tratar bajo estas condiciones." Improvisamos, nos equivocamos, con un chiquillo, nos resulta de una forma y con otro de otra. Entonces siento que todavía tenemos ese enorme hueco ahí.

Mayra Trigueros Brenes: No, creo que no todas. Yo no podría hablar, no conozco la capacidad de todas, pero creo que, así como creo que tenemos deficiencias, creo que esa sensibilidad que necesitamos es una habilidad que tenemos que desarrollar, creo que es una tarea pendiente. Es tarea pendiente que la institución no nos ayuda porque con esa imposición de cargas numéricas no nos ayuda a desarrollar la verdad. Me parecería que necesitamos fortalecerla.

Douglas Román Díaz: Evidentemente, no todos, porque primero a los funcionarios del Poder Judicial. Si usted les pregunta, si han tenido alguna capacitación para cómo manejar un proceso en donde Participe una persona menor de edad, la gran mayoría le van a decir que no.

Pregunta número 13. ¿Considera que el otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad sea una extensión del conflicto adultista a las estas?

Karol Vindas Calderón: Sí, igual las personas menores de edad no tendrían por qué tener el manejo completo del conflicto entre sus progenitores, esto los obliga a tomar partido y cuando toman partido de uno u otro progenitor, hacen que haya una desvinculación con el progenitor que se supone que tiene la razón. Entonces el tomar partido va a ser, "bueno, yo apoyo a mi mamá o apoyo a mi papá" dependiendo, y cuántas veces estos chiquillos van a ser utilizados, aun cuando la Organización Mundial para la Salud no haya determinado que el síndrome de alienación parental existe, sabemos que hay muchas conductas que hacen que esto pase. Aunque digan que la mayoría son las mujeres, pues también conocemos a hombres en esta condición.

Mayra Trigueros Brenes: Creo que ese podría ser el resultado, creo que podría suceder. Pero me niego a pensarlo de manera radical, creo que haberle dado esta capacidad de darle voz a voz y voto a quien no lo tenía. Los adultos tendemos a pensar que él hace lo que yo digo y punto, porque yo sé lo que estoy diciendo, lo cual hemos demostrado que no.

No tiene idea, cuánto costó que se entrevistará a las personas menores de edad y hoy me sorprende que personas juzgadoras de muchos años ahora defienden la entrevista, pero recuerdo cuando en tiempos pasados decían, pero ¿qué tiene que decir ese carajillo? Lo único que hacemos es agravar el conflicto con que él venga mejor. ¿Solo escuchamos a papá y mamá para que otra versión? Esos mismos hoy defienden la entrevista. Pero está muy bien, lo interiorizamos. Pasar del sistema tutelado, un subsistema de derechos fue difícil. Las mentalidades son a veces cerradas, y creemos que con dar derechos es libertinaje.

Douglas Román Díaz: Yo pienso que sí. Me parece que así es. Se le está dando al a los niños una responsabilidad más allá de la que deberían tener. Yo por eso digo que el procedimiento actual antes de octubre no está tan mal, había que tomar cosas buenas del procedimiento actual entonces ¿qué se hace actualmente?, por lo menos yo lo cuándo litigó, procuro hacerlo valer, que es qué entrevisten a la persona menor de Edad sin presencia las partes y si es necesario un trabajador social y un psicólogo.

Conforme el Código de la niñez y la adolescencia el niño pueda ir en cualquier momento, siempre y cuando el juez esté en condiciones de recibirlo para hablar con el juez cuando esté discutiéndose algún asunto en donde el menor tenga intereses. Además de eso están trabajo social y psicología, que también puede externar su posición, entonces yo creo que darle más responsabilidad de la cuenta me parece que genera una pésima noticia a las personas menores de

edad, aún y cuando crean que van a tener mayores derechos. Porque eventualmente, más bien los va a hacer, más les va a generar más conflicto en sus casas de habitación o en sus familias.

Pregunta número 14 ¿Cree que la forma en que lo hace el Código es cumplir con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño?

Karol Vindas Calderón: No, del todo no, el análisis de la observación 12 de UNICEF, especifica que, para que podamos llevar a cabo acciones como esta, se tuvo que haber estado preparado, el tener a mano un equipo interdisciplinar, que solventará con la persona juzgadora, las herramientas para poder llevar a cabo esta regulación de capacidad.

Mayra Trigueros Brenes: Sí. Ahora recordemos que las convenciones son ideales y creo que ahí es tal vez la palabra. El código fue demasiado idealista, con poco pragmatismo tal vez. Pero bueno, si los convenios son idealistas tal vez.

Douglas Román Díaz: Lo que se ha intentado justificar en la participación de las personas menores de edad es que lo que se pretende es cumplir con lo que dice la Convención y con lo que dicen las normas internacionales, Yo creo que es lo que se intentó en el Código, justificarlo o adecuarse más a las normas internacionales, en especial la Convención.

Mi criterio es que fue lo que se intentó, pero no necesariamente es lo correcto. Me parece que hay otras normas en la misma Convención, en la en el código de la niñez y la adolescencia, en tratados internacionales y demás que también buscan la protección de la persona menor de edad. Y no necesariamente diciéndole vaya solito a usted a una audiencia y puede intervenir usted en forma directa, sino que yo vuelvo a insistir que eso se pudo haber traducido, brindándole una buena representación a la persona menor de edad, ósea, buscándole una representación y un apoyo a la persona menor, y no solo mandarlo a la guerra.

Hallazgos Objetivo Número Tres

Producto del análisis de las entrevistas realizadas, la normativa internacional expuesta, en síntesis, se puede decir que existen las siguientes preocupaciones con respecto a la implementación del principio de autopostulación y el otorgamiento de capacidad procesal a las personas menores de edad.

Autopostulación

Equilibrio procesal. Como se explicaba, el equilibrio procesal debe ser procurado por la persona juzgadora, y es otorgado como uno de sus deberes en el artículo 31 del Código Procesal de Familia. Se manifiesta en el ejercicio de mantener un control en la participación de todas las personas dentro del proceso. La preocupación en este sentido es como se debe mantener el equilibrio del proceso, cuando una parte se presenta al proceso con un patrocinio letrado mientras que la otra no. Es claro que la persona juzgadora deberá emplear todos los mecanismos para evitar que exista un desbalance sobre una de las partes.

Sin embargo, son dos extremos en lo que se da este supuesto, no se trata de un equilibrio que podría realizar en este momento una persona juzgadora en un proceso de violencia intrafamiliar, en el que se debe procurar que exista un balance, siempre en apego a lo que establece el procedimiento. O en casos donde una de las partes sea una persona en condición de vulnerabilidad, se deberán emplear todos los mecanismos que permitan equilibrar la balanza en ese sentido.

Pero este caso ya se va más allá, y va a ser naturalmente difícil para quien dirige el proceso procurar un equilibrio en casos donde una de las partes no se presente con una representación letrada. Lo que también va a poner en riesgo el principio de juez imparcial.

Juez imparcial. Este, como el anterior, es un deber de la persona juzgadora, visible en el artículo 155 del Código Procesal de Familia, pero conocido y aplicable en todas las ramas del Derecho. El juez o la jueza es quien resolverá el conflicto, y estos no pueden estar parcializados en ningún momento.

Esto también es aplicable aun cuando existe una clara desventaja entre las dos partes cuando uno posea un abogado y la otra parte no. Por lo que, es previsible, según narran las personas entrevistadas, que puede verse en grave peligro la imparcialidad del juez en estos casos, ya que, bajo la premisa de equilibrar el proceso, deberán realizar muchas acciones que pueden ser vistas como favorecimiento a unas personas frente a la otra.

Acciones como recordar cuando se puede recurrir, de la forma que se debe recurrir, explicar los términos y las bases de la figura que se pretende utilizar, así como la indicación de que lo que se pretende realizar no es lo que en esencia desea, y su corrección, parece ser una práctica que será

rutinaria en estos casos. Si bien puede ser implementado algún método de formación, como folletos y demás, es claro que esto no alcanzaría para evitar que exista un desbalance que debe ser suplido por el favorecimiento de la persona juzgadora a la parte.

Dificultad. Otro aspecto que preocupa sobre la implementación del principio de autopostulación es la dificultad con la que fue previsto el proceso. Pues, la visión inicial era permitir a las partes auto postularse, pero siempre tenían la posibilidad de acudir a la Defensa para que le fuera asignado un profesional en derecho que le pudiera dirigir el proceso. Sin embargo, ese no es el caso con la versión final de la Ley.

Según las fuentes consultadas y ya analizadas, el proceso representa cierta complejidad hasta para aquellos que se desenvuelven día a día en esta materia. Siendo necesario cursos de Derecho Procesal para entender el funcionamiento del Código. Ahora más para personas que no cuentan con la experiencia de desenvolverse en un proceso como estos, que fue previsto mediante el sistema de la oralidad, y que deberán actuar por sí solos, con su conocimiento, y se supone, sin la ayuda de la persona juzgadora.

Esta situación pueda incidir en que la persona pierda por un lado su tiempo, y por otro la posibilidad de efectivizar los derechos que, si bien en esencia, el proceso culmina con una sentencia que se dicta con carácter de cosa juzgada formal, por ende, revisable, todo el planteamiento del ejercicio de su derecho se ve modificado en ese sentido.

Lo anterior delata que se trata de un proceso mal instruido, el cual se convierte en muchas ocasiones en un proceso más complejo de lo que debería ser, y por lo tanto más extenso, dilatando así que las personas puedan encontrar arreglo en la justicia, naturalmente por su falta de experiencia y conocimiento de cómo debe desenvolverse el proceso. Esto debido a que se entiende que, si una persona no desea contratar un abogado o abogada que dirija su proceso, es porque existe alguna limitación económica en ese sentido. Esto quiere decir que quien se presente al proceso de esta forma, además de su condición de la vulnerabilidad ya mencionada, probablemente vaya en compañía de otros factores más.

Acceso a la justicia. Como se desarrollaba anteriormente, el acceso a la justicia es parte fundamental del debido proceso, pero no se puede entender que un camino libre para accionar siempre va a ir en procura de un debido proceso real. Lo que interesa es analizar si la ampliación

del ámbito de aplicación del principio de autopostulación, que, por supuesto es dado ante la falta de legislar y erradicar la barrera socioeconómica que existe en este momento, realmente constituye un avance en cuanto a la tutela de las personas, o bien representa más bien una situación en contra de estas. Esto que se menciona va de la mano de los factores ya expuestos, ya que todo llega a sumar un mal ejercicio de los derechos de las personas.

El fin del acceso a la justicia no es solo permitir a las partes acceder a un tribunal, sino que debe existir la posibilidad de que lo realicen en las condiciones adecuadas. Dejar a la libre a una persona, frente a un proceso engorroso, y desconocido no es ir en procura del acceso a la justicia, es limitar la posibilidad de que la personas pueda encontrar una justicia pronta y cumplida, como lo establece la Constitución.

Saturación del sistema. El incremento en el circulante de los tribunales es innegable, pues es claro que muchas personas que no tienen la posibilidad de ejercitar sus derechos, al no tener los recursos económicos disponibles, representa una barrera al acceso a la justicia. Por lo que un incremento en la cantidad de procesos sería un fiel reflejo de que actualmente existe un problema en cuanto a la tutela y efectivización de los derechos de las personas.

Sin embargo, no es solo la cantidad de procesos que van a significar un aumento importante, sino su duración. Pues un desarrollo torpe del proceso impide avanzar. Probablemente, y como resaltaban algunos entrevistados, se debe suspender audiencias por la falta de conocimiento de las partes, si debe presentar la contestación en ese momento, si debe llevar prueba, de qué forma puede presentar la prueba, como garantizar que un testigo pueda servir de prueba para su favor, y no sea más bien en su contra y demás situaciones que impedirán que el proceso se desarrolle con la celeridad debida, y la esperada con una reforma.

Expuesto lo anterior, hay que resaltar que, si lo que se pretende es una verdadera tutela de derechos, lo conveniente sería preparar a los tribunales para este incremento de procesos previsible, con mayor personal que pueda atender demandas, más jueces, mejores espacios y lo que sea conveniente para un buen desarrollo de la administración de justicia. Lo cual, si se observa la historia de esta reforma, es claro que no van a existir ninguna movilización en ese sentido, pues no hay presupuesto para el derecho de familia.

Ejercicio profesional. Este cuestionamiento, si bien no incide directamente en la instrumentalidad de la norma, es una preocupación que se nota de toda la información recabada, por supuesto mayormente por las personas que se dedican a litigar de forma especializada en esta materia.

Y es que, si se puede rescatar algo, es que se manifiesta que la decisión es porque se ve con menosprecio al operador del derecho de familia, y que cualquier persona puede enfrentar una demanda sin la necesidad de un abogado o abogada especializada en la materia.

Capacidad Procesal de Personas Menores de Edad

Edad. La forma en la que se establece la capacidad procesal de las personas menores de edad es clara que es una de las posibilidades con las que se pudiere tutelar la participación de esta población en el proceso.

El aspecto de la edad es mencionado en varias ocasiones, pues no se logra visualizar que las personas mayores de doce años ya cuenten con un desarrollo de su madurez apto para ejercer de forma personal sus derechos en un proceso de familia. El que exista un análisis previo de la capacidad de las personas menores de edad para ser parte del proceso es unas de las consideraciones que se exponen como necesarias. Así también lo sostienen las observaciones generales de la CDN.

Extensión del conflicto. Otro aspecto para considerar es la posibilidad de que el otorgamiento de participación a las personas menores de edad no se dé de forma correcta, haciéndolos parte de un conflicto; esto llevaría a la persona menor de edad a parcializarse en alguna de las partes, más comúnmente entre sus padres. Con lo cual se le estaría otorgando una responsabilidad que no necesita en esta etapa de su desarrollo.

La carga que representa un proceso judicial, más en materia de familia, donde se ven involucrados multitud de sentimientos y emociones, es importante. Situación que busca mitigar un poco la conciliación, en la que las partes dejen a un lado sus diferencias para buscar el mejor interés para todos. Sin embargo, en este aspecto de niñez, parece que el Código, en contraposición de los principios de ausencia de contención, lleva a la discusión ahora también a la persona menor de edad.

Aplicación de autopostulación

Como se explicaba, no existe claridad en este momento si el principio de autopostulación será aplicable también a las personas menores de edad. Esto según las entrevistas realizadas, las cuales en su mayoría fueron claras en indicar que bajo su criterio su debería ser aplicable. Algunos de los criterios son porque aplicar en contrario, sería lesionar el principio de igualdad, y servir como una forma de discriminación.

Esta situación, a pesar de que Benavides (2020) considera que no es correcta, de la lectura del Código no se desprende tal prohibición o excepción a la aplicación de este principio a personas menores de edad. Y a falta de un pronunciamiento Constitucional en ese sentido, será aplicado en consideración de cada persona juzgadora.

Que el principio de autopostulación aplique también en aquellos procesos en los que se desarrolla personalmente una persona menor de edad tiene una problemática importante, pues, es suma de la problemática de la aplicación de la autopostulación por sí misma, verla aplicada en casos donde acciona una persona menor de edad puede ser aún más perjudicial.

Pues esta población es aún más ajena a este tipo de procedimientos, por lo tanto, más vulnerables, permitir accionar de forma personal, sin los apoyos necesario, como de un abogado o abogada, puede incidir notablemente en el ejercicio de sus derechos.

Poca preparación de las partes. La Convención fue establecida desde 1990, que a la fecha no resulta de una aplicación mecánica en los juzgados y tribunales, dice algo de la preparación con la que cuentan los operadores del derecho en esta materia. Y es que la visión del conflicto familiar ha excluido a las personas menores de edad de la participación. Es recurrente la idea de los adultos de que saben que es lo mejor para los niños sin tomar en consideración su opinión.

Esta visión del conflicto, en el que solo las pretensiones de los adultos son válidas, ha propiciado que exista una menor participación de las personas menores de edad dentro del proceso. Y en los casos en que es tomada en cuenta su opinión, es realizada de manera poco estructurada acorde con las necesidades de esta población.

Los lugares de las entrevistas mal acondicionados para este fin, los espacios que si lo están no lo están para todas las personas, sino solo niños muy menores, con juguetes y libros viejos, que, para cualquiera persona menor de edad, en su etapa de adolescencia resulta cómica la forma en la que los operadores del derecho reciben sus manifestaciones. O por el contrario oficinas

intimidantes, decoradas al gusto de una persona adulta, son ejemplos de la poca preparación en materia de niñez por parte de los juzgados del país.

Lo que es claro es que esta problemática no viene a ser solucionada con un mejor proyecto que tutele los derechos de las personas menores de edad, sino con una clara iniciativa de todas las partes para garantizar una mejor tutela de los derechos de las personas menores de edad en cualquier instancia judicial.

Extralimitación del derecho del niño de ser escuchado. Existen dos vertientes que fueron observables en cuanto a esta preocupación. La primera es que el Código fue demasiado idealista, y no tuvo en cuenta los recursos y la actualidad para regular la participación de las personas menores de edad dentro de los procesos de familia. Y la otra es que regular, de la forma en que se hizo, puede significar una extensión al ámbito de fondo de la capacidad de estas personas.

En cuanto a la primera, se dice que el Código fue más allá, que debería mantenerse la participación de las personas menores de edad de la forma que se da en este momento. El otorgar plena capacidad procesal, es peligroso y podría generar un mal desarrollo del proceso.

Por otro lado, existe alguna consideración de que puede extralimitarse la capacidad, hasta el punto de que se vean involucrados aspectos fuera del proceso. Sin embargo, sobre este, es claro que el Código otorga capacidad procesal dentro del especio controlado que otorga el Código, únicamente, y algunas de las situaciones observadas, ya son posibles con la legislación actual.

Instrumentalidad. El fin de toda norma procesal es servir de instrumento para efectivizar los derechos. Se entiende que el proceso no debe servirse a sí mismo, sino para garantizar la tutela de los derechos a las personas. Por eso se piensa siempre en un proceso ágil, para que las partes puedan acudir a este de la forma más expedita posible, pero que siempre se atienda de buena forma y no se convierta en un trayecto tormentoso hasta contar con una sentencia que resuelva el conflicto.

En este caso es claro que lo importante de cualquier análisis, es revisar si existe una buena forma para que las personas ejerciten sus derechos contenidos en una norma de fondo. No es el modelo, la metodología utilizada, lo innovador que sea, lo que importa, si nada de esto es dado en procura de la instrumentalidad de la norma es fácilmente desechable.

Por lo que, en el caso bajo estudio, estas dos figuras deben ser siempre vistas desde la óptica de este principio para determinar si es procedente o no su implementación. Siempre tomando en

consideración la experiencia, tanto de otras legislaciones como de las mismas personas que trabajan día a día en esta materia, pues que no esté en vigencia la ley dificulta cualquier conclusión, que podría resultar en infundada.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

El desarrollo de la materia de Familia ha recorrido un camino difícil para ser considerada una materia autónoma, y por lo tanto requiere el mismo reconocimiento y oportunidades que se les otorga a las demás materias. Esto se ve reflejado hasta en el proceso de reforma, que fue recortado en presupuesto muchas de las propuestas que aportaba el proyecto.

La resolución de los conflictos en materia de familia requiere un tratamiento diferente al que normalmente se percibe de un litigio en cualquier rama del derecho. Tanto en el ejercicio de las personas juzgadoras como los abogados y abogadas litigantes en la materia requieren una especialización que pueda estar a la altura de lo que en realidad requieren las personas para ejercitar sus derechos.

El Código Procesal de Familia representa un gran avance en cuanto a la especialización que requiere la materia de familia y el cumplimiento a la necesidad de brindar un proceso moderno, eficiente y avanzado en cuanto a la tutela de los derechos de las personas, pues se cumple con lo presupuestado y lo recomendado desde la creación del Código de Familia: otorgar de una norma procesal propia a la materia y reunir los textos procesales que se encontraban dispersos en otras normas hasta de fondo.

El Código intenta cambiar esta perspectiva con la que se entiende el derecho de familia. Procurando eliminar la figura de un vencedor y un vencido, sino que se espera la mejor solución al conflicto que enfrenta la familia. En este tema los principios serán de vital importancia, pues se deja claro las reglas de interpretación que deberá regir el Código.

Esto les otorga mayores responsabilidades a las personas juzgadoras quiénes deberán estar atentas a dirigir un proceso correcto, equilibrado, y accesible a todas las personas. Y un cambio de paradigma en cuanto al ejercicio de la profesión que deberán realizar los profesionales en esta materia, procurando colaborar con una solución y no desde una perspectiva resultadista.

En ese sentido, se logra concluir que el acceso a la justicia es parte fundamental de un debido proceso. La debida representación de un abogado o abogada en un proceso no puede ser

considerada como un obstáculo al acceso a la justica, sin embargo, la condición económica de una persona no puede ser una barrera para efectivizar sus derechos.

Con la forma en la que se desarrolla el proceso de familia actualmente, es claro que existe una barrera importante al acceso a la justicia para aquellas personas que no tengan las condiciones económicas suficientes. Esta situación se ha intentado disimular con la aplicación de los consultorios jurídicos, sin embargo, es claro que no es suficiente para la cantidad de personas que requieren encontrar reparo en la justicia.

Por otro lado, la representación letrada dentro de un proceso judicial es un derecho reconocido por bastos mecanismos internaciones de derechos humanos. Y en Costa Rica, a pesar de que desde la creación del Código de Familia se estableció la obligatoriedad del Estado de brindar una representación letrada gratuita aquellos que no puedan costear el patrocinio letrado, no se ha promulgado la ejecución de lo que se dicta por ley.

Esta situación resulta preocupante, ya que no ha existido movilización alguna en ese sentido, y con la reforma más bien se elimina la ley que le otorga esta responsabilidad al Estado. La Sala Constitucional se refirió en ese sentido, sin embargo, contrario a como lo ha acostumbrado en otras materias, mediante un criterio inconcluyente, pues, a pesar de advertir que existe una violación al acceso a la justicia en ese sentido, no ordenó ni formuló medidas para procurar la efectivización de este derecho.

En consideración con lo anterior, la autopostulación dentro del proceso de familia, fue implementada a falta de recursos para crear una sección especializada en la Defensa Publica. La cual, si bien fue propuesta con el proyecto de la reforma, fue desechada rápidamente por la Asamblea Legislativa, y lo decidido en instancias finales fue la eliminación del requisito de contar con un patrocinio letrado para acudir a los tribunales.

Chile, desde 2004, cuenta con experiencia en la aplicación de esta figura. Esta no dio resultados positivos en dicho contexto, los cuales fueron puestos en conocimiento de toda la población por distintos medios.

No es posible señalar que la razón del fracaso que tuvo la Ley chilena en este aspecto fue producto de la implementación de esta figura. Pero sí es claro que esto configuró una parte sustancial del porqué no fue posible desarrollar un proceso correcto en la materia. Posterior a la

reforma de la Ley que Crea los Tribunales de Familia en Chile, eliminando la autopostulación en muchos supuestos, se mejora el desarrollo del proceso.

Se evidencian diferentes posturas en cuanto a la implementación de esta figura, muy distintas entre sí, pero la mayoría de ellas son negativas.

Un aspecto que se resalta como positivo es que el Código pretende, con esta figura, tutelar los derechos de las personas mediante el acceso a la justicia. Sin embargo, este criterio es fácilmente rebatible, pues el fin del acceso a la justicia es abrir la puerta al proceso, sino que se garantice que, en todo el camino, las personas encuentren en el proceso una posibilidad para ejercitar sus derechos, y en esta materia, resolver los conflictos de la mejor manera para todos los involucrados.

Una preocupación en torno a la implantación de esta figura también es la dificultad del proceso, pues en su inicio no fue previsto para que las personas pudieran acudir personalmente a los tribunales sin la necesidad de contar con un patrocinio letrado. Por lo que esto generaría un transitar del proceso complejo, engorroso para las partes, lo que no cumple con la finalidad instrumental de la norma. Tanto así, que las personas litigantes, personas juzgadoras, y todas aquellas que se les prevé su participación, han debido contar con un análisis importante del proceso, mediante cursos, lecturas y demás.

Por lo cual, no resulta claro, a pesar de que la persona juzgadora deberá intentar en lo posible mantener el equilibrio entre las partes, que no se enfrentaran a un proceso agradable, y de fácil acceso como se plantea, sino que en algunos casos es preocupante, por el contrario, el alejamiento de las personas de los tribunales, sin encontrar una solución a su conflicto.

Otro aspecto igual de importante es el rol que deberá cumplir la persona juzgadora, quien deberá volcarse para poder equilibrar el proceso, en casos donde solo una de las partes cuente con una debida representación legal. Esto podría generar, en los casos en concreto, alguna falta al deber imparcial de los juzgadores.

Resulta evidente de esta forma que si lo que se pretende es una correcta tutela de los derechos de las personas en esta materia, permitir a las personas acudir a los tribunales sin una debida representación legal, es una violación al principio de instrumentalidad.

Al respecto de la capacidad procesal de las personas menores de edad, y por lo que la presente investigación es considerada también en cuanto a la capacidad procesal de las personas menores de edad, se concluye que el Código no establece si el principio de autopostulación es aplicable también a las personas menores de edad, con plena capacidad de actuar, o bien en el caso de las personas menores que deseen acudir ante los tribunales deberán hacerlo siempre con la participación de un profesional en derecho.

El Código establece los alcances de esta figura, otorgando plena capacidad procesal a las personas menores de edad y mayores de doce años. Las personas menores de edad y menores de doce años deberán depositar esta atribución en sus padres, o en casos concretos en quién asigne el Patronato Nacional de la Infancia o de forma provisional a alguna persona.

Esta capacidad es desarrollada como una facultad de la persona menor de edad, no una obligación de formar parte del proceso. Esta podrá delegar esta función siempre en sus padres o en cualquier persona que así lo considere.

El otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad es el resultado de la efectivización de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (sic) más en concreto a la capacidad progresiva y al principio de la Convención, del derecho que posea la persona menor de edad de ser escuchada. O al menos es lo que pretende realizar el Código.

La Convención resulta ser uno de los puntos de partida para la protección de derechos de las personas menores de edad. Sin embargo, a la fecha no ha sido realizado un claro avance en cuanto a la legislación nacional para procurar un apego a estos mecanismos.

El Código de Niñez y Adolescencia representó un avance en cuanto a la tutela de los derechos de las personas menores de edad, pese a que quedaron muchos aspectos que requerían seguir evolucionado. Ya que las personas menores de edad, en la actualidad, no cuentan con una participación protagónica en muchos de los procesos de familia, especialmente en los que se considera que no tiene una injerencia directa en los derechos de esta población.

El derecho del niño a ser escuchado es desarrollado ya de forma amplia por la doctrina y por el Comité de los Derechos del Niño, mediante las Observaciones Generales de la Convención. En este se establece el análisis jurídico literal de la norma, los foros en los que debe ser escuchada, la posibilidad de atribuir esta competencia en un representante, las atribuciones de los Estados, y

las medidas en la que se deberá desarrollar estos derechos por las personas menores de edad, entre otras muchas consideraciones sumamente importantes cuando se deba resolver cualquier situación en la que se estén en disputa intereses de esta población.

La observación número 12 recalca que parte fundamental de la garantía a este derecho es mediante la preparación, la audiencia, la evaluación de la capacidad del niño, la información que se le brinda, y la oportunidad de presentar quejas o recursos.

Por lo que, en atención al análisis ya realizado, para que exista un formal respeto al derecho de la persona menor de edad, debe hacerse válida la garantía de que estas puedan obtener información y puedan presentar recursos en el caso de un proceso judicial, cuando no se encuentren conformes con lo resuelto. Ante esto, el juez deberá sustentar aún más su resolución, acorde con la normativa internacional de protección de derechos de esta población.

Es debido a esto que se logra concluir que, si bien existen muchas formas en las que se pueda ejercitar esta participación, el otorgamiento de plena capacidad procesal no resulta ir en contra de los derechos de las personas menores de edad. Por el contrario, es un avance importante en la tutela de derechos de esta población, quienes han sido invisibilizados a lo largo de la historia, tendrán la oportunidad real de ser escuchados, de demandar, de ser demandados y, lo más importante tal vez, de mostrarse inconformes con lo resuelto, y que esta inconformidad tenga que ser atendida por un superior.

También es importante mencionar que el Comité recalca que esta participación, se recomienda sea de forma personal y no delegada en alguna otra persona. Pero claro está, en que esta forma es una posibilidad para tutelar este derecho, en nada afectaría que se le garantice siempre esta participación delegada en un representante de sus intereses, como lo harán las personas menores de once años.

Sin embargo, que la autopostulación aplique también en cuanto a las personas menores de edad, representa un grave peligro para sus derechos, pues, tal como se indicaba anteriormente, no queda claro con la redacción de la norma, aunque si llega a ser aplicado se trataría de una falta total a los derechos de las personas menores de edad y, por ende, no se estaría actuando en armonía con el fin presupuestado para la norma, como es ser un instrumento para la efectivización de derechos.

Recomendaciones.

Si bien la estructura de la presente investigación pretende generar discusión sobre la reforma que se espera entre en vigencia el próximo octubre, producto de la recopilación de información, análisis de los textos, así como lo recabado en las entrevistas a distintos profesionales en la materia, es posible arribar, con seguridad, a las siguientes recomendaciones:

Debe existir una reforma en la ley que modifique el artículo 50 del Código Procesal de Familia, y excluir muchos de los procesos sobre los cuales fue considerada la excepción de la autopostulación.

Se debe crear una sección especializada en materia de familia en la Defensa Pública, que garantice la debida representación a toda persona que no pueda sufragar los gastos de un patrocinio letrado.

Se debe establecer que la autopostulación, en ningún caso, puede aplicar también a las personas menores de edad. Esto se puede realizar mediante la interpretación del artículo 42 del Código Procesal de Familia; no es necesario que se presente mediante reforma de ley.

También debe existir claridad en cuanto a la asistencia y patrocinio letrado gratuito que brindará el Estado, pues, a poco tiempo de su entrada en vigencia, se desconoce cuáles serán las instituciones encargadas de este fin.

En consideración con lo anterior, los derechos de las personas menores de edad deben ser mayormente tutelados, y cambiar el paradigma en cuanto a su concepción.

Para este tema, y todos los anteriores, la Universidades deben tener un papel protagónico, y eliminar la idea que el Derecho de Familia se le debe restar importancia, estableciendo solo un curso de Derecho de Familia, para entender el fondo y el proceso.

REFERENCIAS

Alfaro, M y Miranda, A. (2016) *La Capacidad Progresiva de los Menores de Edad Dentro del Proyecto del Código Procesal de Familia*. Universidad de Costa Rica.

Amey, P y Fernández, A. (2018) *El Abogado o la Abogada de la Persona Menor como una Verdadera Garantía de Protección de sus Derechos en los Procesos Judiciales*. Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica Nº 125, pp.127-141.

Andrade, S. (2018) *Inmediación y Recurso de Apelación en el Moderno Derecho Procesal de Familia: El Quiebre del Principio en la Ley que Crea los Tribunales de Familia*. Revista de Estudios Ius Novum, Vol 11 N°2, pp. 59 – 94.

Andrea Trindade, V. (2017) *La Entrevista No Estructurada en Investigación Cualitativa: Una Experiencia de Campo*, XJIDEEP

Arboleda, A (2017) *Conciliación, mediación y emociones: Una mirada para la solución de los conflictos de familia.* Civilizar Ciencias Sociales y Humanas 17 (33): 81-96, Julio - diciembre de 2017.

Arguedas, O. (2013) *La Oralidad en las Reformas Procesales. Principios de un Proceso Oral.* Investigaciones Jurídicas.

Artavia, S y Picado C. (2016) *Curso de Procesal Civil Tomo I.* Investigaciones Jurídicas.

Asamblea General de Naciones Unidas (1989) *Convención Sobre los Derechos del Niño*. UNICEF. Comité Español. 7.

Asamblea General de Naciones Unidas (1989) *Convención Sobre los Derechos del Niño*. UNICEF. Comité Español. 7.

Asamblea Legislativa (1888) *Código Civil [CC]*. *Ley 63 de 1887*. Gobierno de Costa Rica (Costa Rica).

Asamblea Legislativa (1949) *Constitución Política de la República de Costa Rica* [CPOL]. Gobierno de Costa Rica (Costa Rica).

Asamblea Legislativa (1973) *Código de Familia [CF]*. *Ley 5476 de 1973*. Gobierno de Costa Rica (Costa Rica).

Asamblea Legislativa (1973) *Código de Familia [CF]*. *Ley 5476 de 1973*. Gobierno de Costa Rica (Costa Rica).

Asamblea Legislativa (1989) *Código Procesal Civil [CPC]*. *Ley 7130.* Gobierno de Costa Rica (Costa Rica)

Asamblea Legislativa (1996) *Ley contra la Violencia Doméstica. [VD]*. *Ley 7586.* Gobierno de Costa Rica (Costa Rica)

Asamblea Legislativa (1998) *Código de Niñez y Adolescencia [CNA]*. Ley 7739 1998. Gobierno de Costa Rica (Costa Rica).

Asamblea Legislativa (2016) *Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. Ley 9379.* Gobierno de Costa Rica (Costa Rica).

Asamblea Legislativa (2019) *Reforma De La Entrada En Vigencia De La Ley 9747, Código Procesal De Familia, Ley 9904 de 2020.* Gobierno de Costa Rica (Costa Rica)

Asamblea Legislativa. (2022) *Código Procesal de Familia [CPF]*. *Ley 9747*. Gobierno de Costa Rica (Costa Rica).

Barraza, L (2007) *Debate Parlamentario de la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia*. Universidad de Chile. Departamento de Ciencias del Derecho

Bedoya, E. (2018) *La Mediación como un medio alternativo para la solución de los conflictos familiares, para evitar la disfuncionalidad del núcleo familiar.* Universidad Central Del Ecuador Facultad De Jurisprudencia, Ciencias Políticas Y Sociales Carrera De Derecho. Quito: UCE.

Bellof, M (2009) Los derechos del niño en el sistema interamericano. Editores del Puerto. 1Ed. Argentina.

Benavides, D (2021) *Instrumentalidad y Contextualización: Los Dos Test* Indispensables en la Construcción Jurisprudencial y Doctrinal del Derecho Procesal de Familia*. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, N18.

Benavides, D. (2006) *Tendencias del Proceso Familiar en América Latina*. Indret 321. Barcelona.

Benavides, D. (2020). *Curso de Derecho Procesal de Familia*, Tomo I. Editorial Jurídica Faro.

Benavides, D. (2021). *Curso de Derecho Procesal de Familia* (Costa Rica) Tomo II. Editorial Jurídica Faro.

Brenes, A. (1925) *Tratado de las personas*. Juricentro, Vol. 1.

Brenes, A. (1984) *Tratado sobre las personas*. Juricentro, Cuarta Edición, Vol II.

Calvo, R y Méndez, K. (2012) *Autonomía del Derecho de Familia, implementación de un Nuevo Código Procesal de Familia.* Universidad de Costa Rica.

Casas, L et al (2006) *El Funcionamiento De Los Nuevos Tribunales De Familia: Resultados De Una Investigación Exploratoria*. Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

CEPAL (2008) *Declaración de Brasilia XIV* Cumbre Judicial Iberoamericana. 2008. LC/G.2359/Rev.1 10 p. CEPAL.

Cillero, M. (2002) *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes.

Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (2017) *Acta de sesión ordinaria 28-2017 de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica*. 07 de agosto de 2017.

Comité de los Derechos del Niño (2013) Observación *General Número 14: El Principio del Interés Superior.* Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. Ginebra.

Comité sobre los Derechos del Niño (2001) *Observación General 1: Propósitos de la educación.* Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. Ginebra.

Comité sobre los Derechos del Niño (2005) *Observación General 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia.* Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. Ginebra.

Congreso Nacional (2004) *Crea Los Tribunales de Familia. Ley 19968 de 2004.* República de Chile.

Consejo Superior del Poder Judicial, (2020). *Reglas prácticas para facilitar la aplicación efectiva de la Ley contra la violencia doméstica.* Circular 110-2020. Poder Judicial Costa Rica.

Corrales, O. (2001) *Niñez y adolescencia. derechos de la niñez y la adolescencia antología.* CONAMAJ, Escuela Judicial, UNICEF, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1990) *Opinión Consultiva OC-11/90.* Solicitada Por La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 10 de agosto de 1990.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999) *Opinión Consultiva OC-16/99.* Solicitada Por Los Estados Unidos Mexicanos. 01 de octubre de 1999

Curri Carrasco, O. (2013) *La Protección Jurídica de la Representación en el Ámbito del Derecho de Familia.* Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Escobar, L. (2015) E*l Anuncio de Prueba Dentro del Juicio de Alimentos y la Violación del Principio Constitucional de Igualdad Procesal.* Universidad Técnica De Ambato Facultad Jurisprudencia Y Ciencias Sociales.

Escudero Sánchez, C y Cortez Suárez, L. (2017) *Técnicas y Métodos Cualitativos para la Investigación Científica.* Editorial UTMATCH.

Figueroa, M y Pérez, S (2010) *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho Procesal de Familia*. Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castrillo. 1ª Edición 2010.

Fuentes Maureira, C. (2015) *Los Dilemas del Juez de Familia*. Revista Chilena de Derecho. Vol 42 Nº 3, pp. 935 – 965.

Gandulfo, E. (2009) *Sobre Preclusiones Procesales En El Derecho Chileno En Tiempo De Reformas. Ensayo De Una Teoría General Desde Un Enfoque Valorativo Jurídico* Ius et Praxis, vol. 15, núm. 1, pp. 121-189 Universidad de Talca, Chile.

García, E. (2001) *Legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina: Modelos Y tendencias.* Derechos De La Niñez Y La Adolescencia Antología. CONAMAJ, Escuela Judicial, UNICEF, Costa Rica.

Gómez, M. (2018) *Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos.* Revista de Derecho (UCUDAL). 14. N° 18.

González, A. (2021) *Desarrollo del derecho de familia: legislación y convenios internacionales* Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=yAZtz-mxvsk&t=8704s&ab_channel=ColegiodeAbogadosyAbogadasdeCostaRica

Gutiérrez, C. (1970) *El Proyecto de Código de Familia. Antecedentes, Bases y Principios*. Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. N. 16.

Gutiérrez, C. (1975) *La Legislación de Familia, Antes, Ahora y lo que Falta*. Congreso Jurídico Nacional 1975.

Henríquez, S (2017) *El Consejo Técnico de los Tribunales de Familia de Chile. Regulación, límites y proyección.* Revista De Derecho, Escuela De Postgrado. Universidad de Chile. Núm. 9 (2017). pp. 134-170

Hernández-Sampieri, R y Mendoza Torres, C. (2018) *Metodología de la Investigación: Las Rutas Cuantitativa, Cualitativa y Mixta.* Mcgraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C. V.

Herrera Maxera, Rita. (s.f) *Reseña de la Legislación Familiar en Costa Rica*. Biblioteca Digital de Vanguardia para la Investigación de Ciencias Sociales.

López, F. (2010) *La Pensión Alimentaria Como Titulo Ejecutivo.* Revista Colecciones Derecho y Justicia. Derecho de Familia, Escuela Judicial. Poder Judicial Costa Rica.

Montejo, J (2012) *Menor De Edad Y Capacidad De Ejercicio: Reto Del Derecho Familiar Contemporáneo*, Reinad, UPV, pp. 23-36.

Mora Mora, L (1998) *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.* CIERDLA.

Organización de Estados Americanos. (1994) Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará" OEA

Organización de los Estados Americanos (1969) *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)* Convención suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)

Ortuño, P (2020) Un juez de Familia: «A muchos acabo diciéndoles: olvídese usted de sus hijos; le quedan muchos años de vida, no se amargue» Diario ABC. Madrid, España.

https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-juez-familia-muchos-acabo-diciendoles-olvidese-usted-hijos-quedan-muchos-anos-vida-no-amargue-202012100137_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

Palavecino, C (2011) *Sistemas Procesales e Ideologías.* Universidad de Chile, Chile. Derecho y Humanidades. Nº 17, 2011 pp. 13-30

Pérez, F. (2020) *Análisis Sobre la Oralidad Como Mecanismo de Descongestión Judicial en el Sistema Judicial de Barranquilla.* Universidad Libre Seccional Barranquilla.

Pérez, J y Merino, M (2021) *Definición de recolección de datos.* https://definicion.de/recoleccion-de-datos/

Pérez, V. (2016). *Derecho Privado. Con notas de Derecho Privado Transnacional*. Universidad de Costa Rica. 5ta Edición

Picornell, A (2019) La realidad de los derechos de los niños y de las niñas en un mundo en transformación. A 30 años de la Convención. Universidad de Salamanca, Revista Direito e Práxis 10(2): pp. 1176-1191.

Proyecto Código Procesal de Familia (2009) *Revista Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*. N. 6. Costa Rica. https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N6/contenido/PDFs/2.pdf

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 21039 – 2010*. M.P. Armijo, G; 21 de diciembre de 2010.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 3495-94.* M.P. Mora, L; 12 de julio 1994.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 11098-2009.* M.P. Calzada, A; 10 de julio de 2009.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 14786-2010.* M.P. Calzada, A; 01 de setiembre 2010.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 1739-1992.* M.P. Piza, R; 01 de julio de 1992.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 1220-1990.* M.P. Rodríguez, A; 02 de octubre de 1990.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 8649-2015.* M.P. Castillo, V; 12 de junio de 2015.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 8382-2017.* M.P. Hernández, J; 06 de junio de 2017.

Sala Primera. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 01025 – 2012*. M.P. Solís, R; 23 de agosto de 2012.

Sala Segunda. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 94 – 2005*. M.P. Zarela, V; 16 de febrero de 2005.

Sánchez, N y Benavides, D (2006) *El Proceso de Familia en el Derecho Comparado (Tipos y estilos de procedimientos familiares)* Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N. 2. https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N2/contenido/contenido_1/articulo3rev2.htm

Solís, M y Chacón M (2009) *Normas No Escritas Que Obstaculizan La Aplicación De La Ley De Pensiones.* Trabajo de Graduación: Maestría en Administración de Justicia. Universidad Nacional de Costa Rica.

Sotomarino, R. (2018) *Apuntes Introductorios al Derecho Comparado*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Themis Revista de Derecho.

Suarez Sosa, F. (2020) *Gratuidad en el Proceso de Interrelación Familiar y Tutela del Menor de Edad en Costa Rica.* REDpensando en la Investigación Vol 9, Nº 1.

Tribunal de Familia Materia Violencia Doméstica. Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de Costa Rica. *Voto 00038-2013*. M.P. Chacón, M; 22 de enero 2013.

Tribunal de Familia. Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de Costa Rica. *Voto 00974-2017*. M.P. Campos, J; 02 de noviembre de 2017.

Tribunal de Familia. Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de Costa Rica. *Voto 22-2000*. M.P. Trejos, A. y Sánchez, N; 07 de enero de 2000.

Tribunal de Familia. Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de Costa Rica. *Voto 1057-2005.* M.P. Trejos, Z; 20 de julio de 2005.

Tribunal de Familia. Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de Costa Rica. *Voto 1157 – 2015*. M.P. Soto, R; 15 de diciembre 2015.

Tribunal de Familia. Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de Costa Rica. *Voto 49 – 2016*. M.P. Chacón, M; 27 de enero 2016.

Tribunal de Familia. Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de Costa Rica. *Voto 410 – 2021*. M.P. Soto, R; 31 de mayo de 2021.

Tribunal de Familia. Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de Costa Rica. *Voto 296 – 2016*. M.P. Vargas, A; 07 de abril de 2016.

Tribunal de Familia. Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de Costa Rica. *Voto 92 – 2015*. M.P. Esquivel, R; 27 de enero de 2015.

Tribunal de Familia. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial Costa Rica. *Voto 491-2012.* M.P. Amoretti, O; 20 de noviembre 2012.

UNICEF y DIF Nacional (2014) *Observaciones Generales del Comité de los Derecho del Niño.* CDN@25. Convención Sobre los Derechos del Niño.

Vargas Pávez, M y Correa Camus, P. (2011) *La Voz de los Niños en la Justicia de Familia de Chile*. Revista Ius et Praxis, Vol 17 Nº 1, 2011, pp. 177 – 204.

Villegas, I (2018) *Violación de los Derechos Humanos de las Personas Menores de Edad en los Procesos de Violencia Doméstica: Suspensión de la Función Parental.* Universidad Latina De Costa Rica. Maestría Profesional En Derecho. Trabajo Final De Graduación.

APÉNDICES

Entrevistas no estructuradas

Diego Benavides Santos

1. ***En cuanto a los procesos que producen cosa juzgada material y cuáles no ¿Qué calificación le daría al Código?***

Realmente todo lo que tenga cosa juzgada o no, como como lo dice el mismo libro, está en tensión. Es un es un aspecto que ha ido moviéndose, y es una de las características del derecho procesal de familia. Pero en sí digamos que es una lectura de cada una de las pretensiones … va a ser como un análisis de previo, esa esa situación, si las pretensiones puedan producir cosa juzgada, para entonces analizar sí requiere representación letrada o no en cada caso concreto y muchos de los aspectos, como suele ocurrir, ya será la jurisprudencia, bien, incluso reglas prácticas, que son posibles, a partir del de lo que dispone la ley orgánica del poder judicial del artículo 21, para cuando hay que establecer situaciones a favor de la justicia, pronta y cumplida.

2. ***¿Existen problemas para su ejecución?***

Yo pienso que es uno de los temas más difíciles, porque realmente el mejor escenario es cuando todo el mundo cuenta con abogados, y no cualquier abogado, con un abogado calificado. Porque hay que ser realista con el tema de los recursos… ese aspecto de la defensa de las personas que no cuentan con recursos ha sido un gran problema para el Derecho procesal de familia, que ni siquiera a nivel de la Sala Constitucional se atrevieron a entrarle a decir que era parte del debido proceso… entonces la Sala empezó a titubear. Situación que en otras materias han sido como muy tajantes y en esta no. Y es que hay un tema de números muy grande. La defensa pública que se requeriría para familia es casi como la de penal, entonces hay que buscarle como financiar un equipo de abogados, que tal vez no los tenga a cargo del Estado, pero si tenga un tipo de financiamiento

Son situaciones que tienen que estar en agenda de mejoría, a efecto de poder tutelar los derechos de las personas que carecen de recursos para pagar un abogado. La visión de un de un sistema judicial es distinto en el caso que no tienen abogado, al que si lo tienen o al menos lo tiene una parte.

No es lo óptimo, pero es claro que en los casos que la persona no puede pagar hay que buscar una salida, ya que el castigo es la denegación de Justicia Lo cierto en que en este caso se deberá orientar a las partes desde el mostrador o resoluciones, de una forma muy llana. Irle informando de sus derechos, derecho a recurrir y demás, y recordar que tiene derecho y debería buscar abogados.

3. ***Se le pregunta si observa un avance en cuanto a la tutela de los derechos de las personas.***

No lo veo, no veo el avanece, eso es una cuestión meramente, de atención a los recursos financieros disponibles. No, no es, no es avance, es un tema de realidad, que me parece que otro de los sistemas no se ejerció ese criterio en realidad. Entonces los sistemas tienen que ser sostenibles, porque si no lo que entonces va a pasar es que va a ver qué unas de las materias van a tener que sostener… para financiar a las que son de interés social

4. ***Un problema que mencionaba es la saturación del sistema. ¿Por qué considera que se pueda dar?***

Sí, eso, solo se verá hasta que ocurra. Si eso es así lo que estaba ocurriendo lo que sospechábamos, es decir, que mucha gente se quedaba así sin ir al Tribunal porque no tenía como pagar al abogado. Si esto ocurre, se estaría demostrando algo, eso, por un lado. Pero no me animo a dar números sobre eso.

Obviamente esto va a significar algo, y ahí tiene que estar el aparato judicial, el Departamento de planificación muy atento a todas las mediciones muy específicas. Y siempre pensando que el centro del sistema es la persona humana, no el aparato burocrático entonces… Aquí un poco no era tanto de edificios bonitos, ni de sistemas y todas esas cosas que creo que fue el norte de otras materias. Era simple y sencillamente lo básico y parece no estar cubierto.

5. ***Sobre la exclusión de los abogados litigantes de la redacción del código.***

Yo sí he participado, digamos, desde que esto surgió. Esto surgió o de la misma corte, modernizar sus procesos, incluyendo todas las universidades, incluyendo todos los abogados, que también hay muchos que no participaron en eso por qué aún no eran abogados… llega un momento en que pues el proyecto es proyecto y ¿quién excluye a quién?

Puede haber ocurrido eso, es que no es como los otros, que tenían recursos y que estaban todas las Salas metidas, sino que aquí nace desde la primera instancia.

Porque en ese momento… estaban unos abogados muy reconocidos y los jueces que estamos empezando, entonces, esta especialización que viene del 94 ahí es donde toma fuerza la necesidad de especializar los procedimientos de familia

Porque la idea al principio era el código procesal familia. Este proyecto se lo tragó el código procesal civil del 83. Después vienen otros dos proyectos que se los come el proyecto código procesal general. Sé que todo eso se hizo con las uñas, con alma, vida y corazón… Si te pones a ver las actas de Corte Plena del año 2016 donde se decidía si el Código Procesal General se mantenía con la idea del proceso de familia o si era aparte, porque lo que pasaba es que, si se hacía un código procesal general, era que el último apendicito era el de familia. Un poco lo mismo que pasó ahora con tema financiero.

Y ya llega un momento en que eso ya no es del Poder Judicial, porque si fue el de la de la iniciativa, el mismo presidente de la Corte fue. Pero también en familia en el año 2006 si están, porque ahí están los vídeos de las actividades, donde están, y luego también está el video donde se presenta en el colegio de abogados el proyecto a la comunidad nacional en 2014.

Está la actividad donde la señora presidenta de la Corte se lo entrega al Ministerio de Justicia para que el Poder Ejecutivo ya tome la batuta. Casi que uno podría ir pensando con nombres y apellidos, quienes se sintieron excluidos, pero entonces, acá a esas personas la pregunta es ya se dio así y se trabajó con las uñas y el proyecto concluyó con ciertas circunstancias.

Después fue un partido político que lo adverso creyendo que como decía que uno de los principios era de diversidad entonces empezó a adversarlo. Y después fue el partido que lo negoció, fue el que incluyó en la agenda para para que pudiera ser una realidad.

Pero todo lo que te digo yo es que hubo suficiente tiempo, para que él quería, opinar, que llegaran a levantar la mano, qué opinara.

El código no es copia, como todos dicen, “es que en esta materia lo que se hizo fue copiar” aquí no había dónde copiar.

Pero creo que lo mismo que pasa con lo que evidencia la parte financiera, demuestra que nosotros vamos en crecimiento como área del derecho, la parte científica, es decir, vamos creciendo y este paso era necesario para eso.

Hubo un momento en el que se iba aprobar de primero el código procesal de familia, antes que el civil. Había un momento que ya la comisión de asuntos jurídicos dio el dictamen afirmativo unánime, en el año 2016, en febrero del año 2016 y pasó a plenario y ahí fue donde todo el mundo se empezó a preocupar. Pero eso fue hasta el 2016 y ahí en donde todo mundo se empezó a preocupar, pero el proyecto se aprobó hasta el 2019. ¡3 años! él que diga que no pudo participar… Decirte, porque yo siento como que es un bus, que algunos empujaron o empujamos y era como que el que quería ayudar se tenía que montar. Y ahora sí los que están añorando tienen la palabra para constituir sus las comisiones o los proyectos de mejoría. Ya lo que se hizo se hizo. digamos que no se puede hacer cómo devolverlos al 2006.

6. Sobre la capacidad procesal de las personas menores de edad y la preparación de las personas juzgadoras

No sabría que responder, perdón, no sé ni quiénes son ahora los que están, ni de que universidades vienen, ni de que cursos de derecho de familia o de procesal de familia han llevado, ni que cursos de niñez y adolescencia han llevado. Pero si no están capacitados los jueces y la convención está desde 1990… Y es obvio que estas materias son diferentes a otras porque están haciendo camino al andar, se están construyendo, no son esos de doctrina. de miles de años, de cientos de. años, sino que se está haciendo ahora, se está construyendo ahora. Entonces, si estos profesionales no son mejor que como éramos nosotros, algo está muy mal.

Pregunta ¿el curso de derecho procesal de familia, que llevaste, quien te lo dio?

No hay procesal de Familia en la U.

Bueno, eso dice mucho. No estamos hablando de eso fue de ahora, sino que tiene ya varias décadas, y las universidades no han reaccionado.

Hay cuatro modelos para desarrollar el proceso de familia, por lo menos a mí me parece. Eso en el derecho comparado.

a. El proceso desarrollado en un Código Procesal Civil o en una Ley de Enjuiciamiento Civil. Entonces puedo darte un montón de ejemplos donde eso se da,
b. Otros donde el proceso de familia está incluido en códigos procesales generales, que era lo que Costa Rica iba a hacer. Bueno, ahí puedes seguir la pista, por ejemplo, a Colombia, a Uruguay, a Ecuador y a Cuba.
c. Un tercer tipo que es el seguido, por ejemplo, en Panamá. en Nicaragua y en Bolivia, el que es regular los procedimientos de familia en el código de familia que tal vez ese es el más adecuado por una razón. Y es por la defensa de la instrumentalidad, es decir, que el proceso de familia se está diseñando para este código de familia.
d. Y el cuarto modelo es el de los códigos procesales de familia o las leyes de familia. Tal vez uno de los primeros es de una entidad federativa mexicana en 1986, pero, tal vez la más significativa es la de la de El Salvador de 1994, con su ley procesal de familia, la ley chilena del 2004, los códigos procesales de familia que se están aprobando en las provincias de Argentina y también en las actividades federativas mexicanas.

Cuando uno se pone bien dentro de ese estudio de derecho comparado, yo siento que había que optar por un traje a la medida, sea por la ley procesal, cómo fue. Pero todo a todo esto, lo que te quiero decir, es que si vos querés ver una doctrina pujante, boyante, digamos del proceso de familia, y el esfuerzo intelectual que se hizo Costa Rica, realmente a mí me parece que es un esfuerzo muy valorado en el derecho comparado.

Entonces todo esto te lo llevo en el sentido de que vamos como que la reacción fue muy difícil. Que fue difícil al inicio, que fue difícil en la asamblea legislativa, que es difícil abrir las maestrías o los cursos específicos, que es difícil pelear para que todos los profesores en las universidades sean lo adecuados. todo eso es difícil, va a ser difícil, seguirá siendo difícil, y ese es ese, va a ser la tónica en esta materia, con las manos o con las mangas desarrolladas trabajar, trabajar y trabajar.

El hecho de que yo haya estado todo, porque yo estuve desde que empezó hasta que ya me dijeron que ya no era… Lo que te quiero decir es que todo eso, hay que ponerlo, así como lo estás

haciendo, bajo la crítica, bajo cuál sería una mejor fórmula, si se puede hacer algún proyecto para para mejorarlo.

Te puedo contar, digamos que en lo que es la comisión del anteproyecto, fue de los temas que más suscitó puntos de vista y discusión y donde al final prevalece más o menos el proyecto del 2008.

Son fórmulas… y que se discutió y que algún punto ya se sometió a votación y ya cuando se vota, se vota… Son convenios internacionales con una. jerarquía incluso superior a la a la constitución, según los votos de la sala constitucional… había que había que asumir, por ejemplo. el código de niñez y adolescencia. con el artículo 118 hizo, como una gradita prudente.

La forma en la que se redacta el código trata de ser el cumplimiento de lo que establece la convención, trata de ser eso, pero ya serán ustedes los de la nueva generación, los estudiosos, que pongan al espejo todas las observaciones generales de la convención sobre derechos del niño. Pero si hay otras fórmulas posibles, por ejemplo, el de escoger una edad fue una de las grandes discusiones. ¿Por qué se escoge? tal vez la recomendación es que no se escoja (edad). Pero ya serán los críticos los que dirán si fue una buena elección.

Marisol Marín Castro.

1. ¿Cuál es su opinión de la reforma procesal de familia?

No sé cómo lo podrán implementar por varias cosas. Es que hay muchos expedientes judiciales que vienen con mucho atraso. Entonces la entrada vigencia del CPF no puede venir a alcanzar estos estos expedientes que vienen de antes, que tienen una tramitación completamente diferente. Inclusive hay muchos expedientes pendientes con dictado de sentencia, otros que todavía está para recepción de prueba. No comprendo de qué manera lo van a implementar y manejar.

Cosas positivas y cosas negativas como la entrada de vigencia de cualquier otro código, me parece que va a haber mucho atraso a la hora de resolver, porque no creo que los juzgados de familia estén en la capacidad de poder resolver como se espera y se pretende. Por ejemplo, recuerdo que cuando entró en vigencia el código procesal civil nuevo, fui a una audiencia civil y era la una de las primeras audiencias que realizaban, en ese momento ni los mismos jueces del Tribunal Civil

de Heredia sabían cómo tenía que aplicar de manera adecuada el código; no sabían de qué manera recoger prueba confesional.

2. ¿Cuál es su opinión sobre la autopostulación procesal?

Hay una situación de desigualdad para las partes demandadas. Porque si un demandado quiere representarse a sí mismo pero la parte actora tienen su propia representación, su propio abogado, puede decirse que prácticamente la otra parte de cierta manera queda en estado de indefensión… Otro ejemplo es que la defensa pública solo atienda a los actores; los demandados quedan completamente a expensas de representarse a sí mismos o tener que contratar un abogado.

Hay procesos de procesos, por ejemplo, en tema de visitas a veces los abogados ponemos mucho problema para que las visitas se puedan dar de manera adecuada. Me parece que cuando las partes están solas logran llegar a mejores acuerdos que cuando están los abogados.

Podrá tener ventajas en algunos procesos, pero el problema más grande es que las personas no tienen conocimiento de leyes entonces, van a llegar a una audiencia en donde el juez tampoco los puede asesorar. El juez busca es que todo sea justo y equitativo para ambas partes, pero en procesos que sean más complicados, como suspensión de autoridad parental o como declaratoria de abandono… es un tema muy delicado para la autopostulación.

3. Sobre la cosa juzgada material y formal

Todos los despachos judiciales son como jurisdicciones diferentes y formas de pensar diferente, porque si la norma no es clara, que a mí me parece eso podría llegar a interpretarse de maneras diferentes, unos podrían decir que sí se puede o que no es así. Es una cuestión de interpretación, porque si el código expresamente no lo indica o no aclara, qué podría hacer la cosa juzgada, formal o material. Puede darse que haya jueces que no tengan la experiencia suficiente. Que empiecen a trabajar de diferentes formas. *"no es que aquí lo manejamos de esta forma y en Guadalupe, de otra forma completamente diferente"*, por ejemplo.

4. ¿Considera usted que esta figura que se adopta, la autopostulación, pueda generar un crecimiento importante en el circulante de los tribunales?

Sí, claro. Por supuesto, porque volvemos a lo mismo, son personas que no saben cómo funcionan la tramitación de los expedientes, que no tienen conocimiento de leyes, entonces, qué es

lo que va a pasar, que van a llegar al despacho, y si un técnico los aconseja o les dice qué hacer puede haber mal entendidos, porque el técnico no debió haber asesorado.

5. ¿Considera que exista alguna afectación en cuanto al trabajo de las personas litigantes?

Pero yo siento que muchas personas van a buscar trabajarlo a nivel legal por la falta de conocimiento que tienen en este tipo de materias, entonces lo que van a preferir es la representación legal. Entonces me parece que al final, aunque estamos saliendo vendidos y muchos abogados podrán estar preocupados y podrán pensar que ya no vale la pena litigar en materia de familia porque la gente se puede auto postular. Lo cierto del caso es que yo creo es que va a generar mucho trabajo a nivel judicial.

6. Sobre la capacidad procesal de las personas menores de edad:

¿Qué es lo preocupante? Lo manipulables que pueden ser los menores en algún momento. Una chica de 14 años que no quiere ver a su papá porque vive con la mamá y la mamá le pasa diciendo hasta misa y las chicas ya conocen lo que dice todo el proceso judicial, por ejemplo. Qué difícil. O que venga una chiquita de 6 años y diga *"yo no quiero vivir con mi mamá, quiero vivir con mi papá".* ¿Cómo ha logrado esa madurez? ¿Un chico que sabía que cuando cumpliera 12 años se quiere ir con el papá porque el papá le empezó a decir: "cuando *usted cumpla los dos años, se puede venir a vivir conmigo, porque un juez va a hacer lo que usted quiera"?*

El juez no puede hacer lo que la persona menor de edad quiere, el juez lo que tiene que hacer es velar por el interés superior de la persona menor de edad. Porque entonces, ¿qué pasa si un chico no quiere ir al colegio?, no lo mandamos porque pobrecito, porque él dice que no quiere ir; si no se quiere bañar todos los días, entonces no, que no se bañe. Si para las decisiones cotidianas tenemos que dar ese poder de decisión sobre los menores, ¿entonces, que se manden solos? ¿Ajá, pero venir a presentar un proceso judicial? Lo que ellos se quieran representar me parece que eso va a tener que ver mucho con el nivel de madurez.

7. Sobre la edad definitiva para participación

Cuando ya tienen más de 12 años, me da la impresión de que pueden llegar a tener la madurez de poder entender todo lo que un proceso conlleva… ¿Porque cómo valoras el nivel de madurez de un joven de 15 años o de 14 años? Tiene que ser sometido a una valoración psicológica. ¿Y qué pasa si el chico dice no porque eso es voluntario? Que no se quiere someter a ninguna

valoración. Si la emisión de pruebas psicológicas fuera eficiente, como el asunto es que en 5 días ya estaba listo, ahí no resulta un atraso tan grande. ¿Pero cuánto dura en emitir valoraciones el primer circuito judicial? ¿Usted pidió valoraciones? Son mínimos 5 meses, 6 meses y tienen aclaración y adición. Mientras aclaran y adiciona son dos meses más.

8. Sobre la extensión del conflicto a las personas menores de edad.

Es que es súper complicado, porque si nosotros le empezamos a dar poder a las personas menores de edad para que tengan completa participación en procesos contenciosos, estamos dando a entender que entonces en la vida cotidiana pueden hacer exactamente lo mismo.

9. ¿Están capacitadas las personas juzgadoras para integrar al proceso a las personas menores de edad?

Yo siento que del 100% de los jueces, tal vez un 30% o un 40% está capacitado. El otro porcentaje, yo no creo que tenga esa capacidad porque hay muchos jueces nuevos. Y ellos no resuelven como se esperaría en procesos en donde las personas menores de edad estén involucradas. Los jueces que ya tienen muchísima experiencia sí, sí lo podrán manejar. Y aún con la experiencia que tienen, podría ser que se equivoquen. Pero me parece que no están altamente calificados como para eso.

Tendrán que hacer sus valoraciones sociales y psicológicas para conocer si efectivamente la persona menor de edad tienes las aptitudes necesarias para hacerlo parte dentro del presente proceso.

10. Consideraciones en la práctica.

Imagínese menores presentando procesos de violencia doméstica contra los papás o solicitudes de medidas de protección contra los papás. Porque tal vez el quitarle el celular lo consideran una agresión. El problema es que esa la ley es un portillo. Si la ley lo va a permitir. Ya abrieron el puertillo para que eso suceda y ¿si papá quiere empezar a manipular y decirle al menor lo que tiene que hacer y cómo hacerlo?

De hecho, tengo otro caso donde el señor ha manipulado tan bien al chiquito, que, en algún momento, el hermanito se cayó y el chiquito llamó al papá y no se sabe qué le dijo que el papá llamó a la fuerza pública. Porque el papá dijo que la mamá estaba agrediendo al chiquito, y lo que

había pasado era que el hermanito se había caído. Entonces me parece que con esta ley el portillo queda abierto

11. ¿Cuáles son sus expectativas para la implementación del nuevo Código?

Tendrá sus ventajas en algunos procesos. Pero entre más se atrase y más me permita a mí terminar procesos con los que yo estoy mejor. Iniciar procesos nuevos me preocupa porque no sé de verdad cómo los van a empezar a tramitar y la mora que eventualmente va a empezar a generar de todos los procesos nuevos que van a entrar con el código procesal de familia

Sergio Andrés Henríquez Galindo

1. ***¿Estuvo en el proceso de reforma procesal de familia en Chile?***

No estuve desde la reforma, en ese momento estaba en el Ministerio Público, sin embargo, fue vox populi el problema que representó que las partes se pudieran presentar al proceso sin abogado.

2. ***¿Cómo funciona a grandes rasgos las corporaciones de asistencia social? ¿Fueron parte de la reforma?***

Las corporaciones de asistencia existen desde antes de la reforma, no sé si fue con la reforma que se amplía para que trabaje en la materia de familia, pero me parece que tuvo que haberse dado. Estas son financiadas por el Estado, aunque son personerías jurídicas privadas, pero son financiadas por el estado.

Muchas de las críticas se encuentran dirigidos a que en estas corporaciones se realizan trabajos por parte de estudiantes finalizando la carrera, por lo tanto, en caso de que la parte tuviera que ser asesorada por uno de estos estudiantes, se sentían que no obtenían la calidad de acompañamiento que requerían. Sin embargo, esto no es así, ya que en la práctica los estudiantes siempre van acompañados de su tutor.

Por otro lado, están las clínicas jurídicas, que, si son parte de las universidades, pero no llegará a representar más del 1% de los procesos que requieren representación de un abogado gratuita.

3. ***¿Qué le parece la propuesta de Costa Rica?***

Me parece que es negativo, ingenuo y una falta al debido al proceso. Está muy lejos de ser una tutela efectiva de los derechos de las personas que no puedan acceder a un abogado, ya que enfrentarse a un proceso, sin los conocimientos necesarios... para esto debería tener Costa Rica un gran sistema educativo y enseñar derecho en la secundaria. La falta de conocimiento genera atraso en su propio proceso y una deficiente tutela de sus derechos.

Entre la situación actual y la reforma en Costa Rica, me parece que siempre que el proceso deba ser dirigido por un abogado siempre va a ser más beneficioso. Esta situación me parece que, en un muy mal argumento, quitar el requisito no puede ser considero como acceso a la justicia, ya que para que sea así debe existir un proceso que les permita efectivizar sus derechos, y que las partes se pueden presentar sin representación letrada no lo es, ya que dificulta más bien este proceso.

Cuando una parte llega sin abogado, generalmente se suspende el juicio para que la parte busque un abogado, ya sea de corporación de asistencia, o que lo pague, porque no puede enfrentarse al proceso así, Ya si se le previene y no cumple pues se entiende que está totalmente de acuerdo en prescindir de su representación y se le permite que siga el proceso

4. Sobre la capacidad procesal de PME.

Si se miran las actas de la convención, lo de verdad relevante no es la forma en que se otorga la capacidad a las PME, sino garantizar un apoyo y garantizar sus derechos. Lo relevante es la tutela de sus derechos y es esta materia, que ante la decisión del juez que vaya contraria a la decisión del niño, debe existir un estándar mayor de su resolución en la que debe ser mejor justificada.

La situación en Chile es que existe un curador ad litem que representa los intereses de las personas, y personalmente, pueden accionar en los procesos de protección, por ejemplo, y en lo demás casos está la posibilidad de que acciones, sin embargo, debe ser llamado siempre a un representante legal para este fin. Si hay capacidad procesal o no, no es lo verdaderamente relevante, sino el deber garantizar que las personas menores de edad pueden ejercitar estos derechos.

Jimmy Monge Sandí

1. Sobre el principio de autopostulación.

La idea que busca el Código es tutelar el acceso a la justicia y una tutela efectiva de los derechos de las personas, es una idea muy romántica, pero puede ser peligrosa. Ahora hay acceso a la justicia, que las partes se deban presentar con un abogado no es un impedimento al acceso a la justicia ni una barrera.

Las personas que no pueden pagar un abogado pueden verse que efectivamente tenían una limitación en cuanto al acceso a la justicia, una barrera económica, pero si ya dentro del proceso, no tiene el suficiente conocimiento de cómo debe tramitarse, las pretensiones, las apelaciones, la contestación que ahora en oral… Y el juez no puede ser imparcial y volcarse en ayuda a otra parte.

2. Sobre la imparcialidad de la persona juzgadora:

En este momento la autopostulación aplica en mucho de la materia de familia. En pensiones y violencia domestica que es gran parte de los procesos en la materia… Cuando yo voy a un proceso representando a una mujer víctima de violencia doméstica y veo que en la audiencia el presunto agresor no tiene abogado, por un lado, sabe que no va a poder realizar una buena defensa. Pero, por otro lado, no intervengo tanto y dejo que sea la parte quien sea la que tenga más protagonismo para que no se vuelquen en favor de la otra parte y producto de esto nos lesionen a nosotros.

Si se pone en los zapatos del juez, y la parte no se presenta con abogado, siempre va a estar la idea de ayudar un poco más a esta parte.

3. Sobre la posición del colegio de abogados y abogadas:

No estuve en su momento en el Colegio, no puedo referirme a qué fue lo que hicieron y qué no. Siempre estuve pendiente del asunto, y creo que tal vez si hubo poca socialización del proyecto.

4. Sobre el impacto en la cantidad de trabajo como litigante:

En cuanto a lo meramente material, que es la cantidad de trabajo que pueda haber, es claro que va a haber un impacto en la cantidad de trabajo que recibimos. Gran cantidad de proceso que llevamos ahorita no se va a requerir una representación letrada, entonces sí van a ir al proceso solos. Sería bueno poder conocer en Pensiones o Violencia Domestica la cantidad de procesos que se presentan sin abogado y la cantidad que presentan con abogado, creo que es la gran mayoría que presentan sin abogado.

En Violencia Domestica la parte actora casi siempre se presenta sin abogado, porque se tiene esa creencia que para solicitar algo no se requiere representación. Pero en los casos de los demandados, es en más ocasiones que se presentan con abogado, porque necesitan que los defiendan.

5. ***Sobre la capacidad procesal de las personas menores de edad.***

Me parece que en las personas hay un temor infundado en este tema. La gente cree que el otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad representa que todo lo que pidan va a ser concedido y no. Hay elementos que deben ser valorados en el proceso, como el mejor interés del menor, sin este no puede resolver. Entonces me parece que hay una idea generalizada que a todo lo que el menor diga el juez tiene que hacerle caso y eso no es así. Siguen existiendo elementos probatorios, ahora lo que se percibe con esto es una mayor participación de los menores. Lo que si hay que ver es si están preparado el sistema para servir para esto.

Entrevistas estructuradas

Mayra Trigueros Brenes

1. ***¿Considera que el Código es claro al establecer cuáles procesos aplica el principio de auto postulación? ¿Cree que es clara la diferencia de cosa juzgada material y cosa juzgada forma?***

Me parece que sí es claro el código porque lo define bien en el artículo 50. Lo que me preocuparía es cómo le explicamos a las partes, cómo comunicamos a las partes esa diferencia entre la cosa juzgada, formal y material.

Porque yo esperaría que los profesionales en Derecho aún estudiantes, pensando en consultorios jurídicos, tenga clara la diferencia, es una diferencia técnica. Entonces creo que el código es muy claro, la diferencia es una diferencia técnica, pero lo que me preocupa es cómo transmitimos eso a las personas usuarias, que son las que necesitan saber. Cuando pueden o cuándo no usar el principio de auto postulación.

2. ***¿Ve algún problema en cuanto a la aplicación de este principio?***

Muchísimos problemas. Podemos empezar por el que le acabo de decir: La habilidad de comunicar conceptos técnicos de manera popular y sencilla. Me parece que los abogados esa habilidad no la tenemos, o sea, tendemos a complicarnos, por lo que el primer elemento es el de la comunicación.

También tiene problemas de ejecución, porque si yo tengo la capacidad de comunicar, no significa que el receptor tenga capacidad de aplicar, es decir: si superamos la primera barrera, que es yo explico muy bien, el segundo elemento es si el receptor tiene la capacidad de aplicar el principio de auto postulación de manera satisfactoria para sus intereses.

En tercer lugar, me parece que hay que tener mucho cuidado con el desbalance de poder procesal. El desbalance de poder procesal es una preocupación para mí.

Porque no es lo mismo enfrentarme yo solita, madre de un niño, a un bufete grande de abogados especializados en derecho de familia y probablemente haya varias vulnerabilidades. Es un proceso de auto postulación enfrentándome a mi contraparte, que sí tiene abogado. Recordemos que el principio de auto postulación el facultativo, yo decido si ejerzo mi autodefensa, pero la otra parte no. Que yo esté sin abogado no significa que la otra parte también. Entonces veo un claro problema de desbalance de poder procesal, un desequilibrio procesal en los casos en donde una parte tenga abogado y el otro no.

En el caso en que los dos no tengan abogados, decidan utilizar el principio de auto postulación hay un recargo en la administración de Justicia. Entonces que me preocupa el principio de impacto.

Me parece que el principio de imparcial, el principio de imparcialidad y objetividad está siendo comprometido con la auto Postulación. De darse esta situación se podrían derivar más problemas.

3. ***En cuanto a al proceso de reforma ¿considera que los abogados litigantes fueron excluidos de este proceso?***

Desde mi óptica personal, yo diría que no en la etapa de legislativa porque recuerdo que realizaron algunas consultas a los gremios. No podría asegurarlo desde la etapa de redacción, porque, si bien tenía noticias, no participé de manera activa, tal vez como en este momento de

implementación tengo un rol más activo. Me han dado la oportunidad de ser capacitadora, entonces tengo un rol un poquito más activo, pero en el de redacción no lo tuve.

Recuerdo que históricamente se ha hablado que eso nació del Poder Judicial y de los órganos del Poder Judicial, propiamente de la judicatura, entonces no sabría decirle qué participación les dieron a los litigantes o no.

En el proceso legislativo, porque es de conocimiento público, sí recuerdo que se les dio alguna participación. El Colegio de Abogados hizo alguna comisión, pero no sé en la etapa anterior.

4. ***Como jueza, usted habla de ese desequilibrio que podría generar, ¿cómo podría enfrentarlo usted? ¿Cómo enfrentar el desequilibrio que puedan presentarse en los procesos en que una parte llegue con un abogado y la otra sin representación?***

Quisiera anotar, que una cosa fue lo que se presentó a la Asamblea Legislativa y otra la que se aprobó. El principio de auto postulación desde el proyecto hablaba de un principio de auto postulación, como al final quedó, pero con un fortalecimiento del departamento de defensores públicos. Desde esa visión, ahí sí entiendo menos riesgos, porque se hablaba de la posibilidad, como el laboral, de que tanto demandados como actores pudieran tener defensa pública.

Ese principio de auto postulación con el apoyo de defensa pública, yo no vería los problemas que le veo ahora. Pero eso fue descartado por un tema de presupuestos, como otras cosas que fueron descartadas y que por lo tanto la calidad del producto no es el ideal, es solo para aclarar ese elemento, porque me parece que es parte del problema de la pregunta de cómo pretendo enfrentarlo.

Bueno, creo que como se lo contesté anteriormente creo que debo pulir mis habilidades de comunicación, mis habilidades orales. En mi caso siento que tengo alguna habilidad oral, probablemente por el proceso de docente que he tenido, pero yo, por ejemplo, la semana pasada me ponía a pensar cómo resolver una excepción en vivo. Y no tengo todas las palabras, tengo que ser honesta y se me hace mucho más fácil cuando tengo la resolución y tengo algunos modelos, ya los tengo hechos y tengo votos. El hilar la justificación y argumentación de manera escrita.

Estoy cómoda, sé cómo hacerlo con estos años de experiencia y dar el salto a la oralidad. Yo misma tengo miedo, Entonces creo que debemos empezar a crear escenarios académicos donde usted me presenté un recurso y yo lo tenga que resolver, porque no se vale rechazarlo. Y será

necesario sacar todos sus puntos, ver cuáles son todos sus argumentos, ver qué jurisprudencia hay para sustentarlo. Entonces, la práctica, la repetición, el desarrollo para habilidades orales va a ser fundamental.

Como otro punto, creo que debemos aprender a apoyarnos en los recesos. Eso va a tener un impacto en el tiempo. Porque si yo hago el receso, así sean de 5 minutos, para construir en mi cabeza y poder resolver, si me presentan 5 recursos estamos hablando de 30 minutos en puros recesos. Será necesario echar mano de los recesos.

Y tercer elemento, es buscar mecanismos objetivos de comunicación a las partes. Me refiero a un brochure, de forma tal que yo le explique las partes sin necesariamente estar en la audiencia, porque durante la audiencia algunos va a creer que yo lo estoy beneficiando al otro. Pero ese material, tampoco lo tenemos.

De forma tal que cuando alguien llega a poner una demanda bajo el principio de auto postulación, ahí mismo le tomamos la demanda y le damos un brochure que diga qué es la demanda, qué es la auto postulación, qué es la contestación y cómo debe hacerlo Cuáles son las etapas del proceso, que será necesario venir a tantas audiencias, qué es la conciliación por qué buscamos la conciliación, qué es un recurso, qué es un agravio. Si ese proceso va a tener recursos de apelación diferido, que también hay que explicarle que es diferido. Y si pudiese o no tener casación o revisión, es demasiada la información que necesita la persona que presente una demanda por auto postulación.

Pensiones ha creado modelos que le dan a las partes. “Tome, llene y conteste”, ahí le explica qué es el beneficio que tiene que pedir, qué es un hecho, qué es la prueba y la gente lo llena solito.

Esa sería la herramienta que yo considero que necesitaríamos desarrollar para garantizar la objetividad e imparcialidad de las personas juzgadas

5. ***¿Cree que la aplicación de este principio pueda generar una un incremento importante en él circulante de los tribunales?***

Sí, claro. Estoy, segura que va a crear un aumento en el circulante. Porque ¿cuántos papás y mamás hay que no pueden ver a sus hijos? Pero la razón para no pedir un sistema de comunicación y visitas es porque no pueden contratar un abogado.

Que eso trae en sí mismo otro riesgo y es que estamos hablando de que quienes van a aplicar o usar el principio de auto postulación son personas en diversos estados de vulnerabilidad. Significa que perse vamos a tener a las personas en situación de pobreza utilizando el principio de auto postulación, entonces eso implica un elemento de vulnerabilidad; si le sumamos que es mujer tiene dos situaciones de vulnerabilidad, si le sumamos que es en favor de un niño, tiene 3; si hay una persona con alguna discapacidad tiene cuatro, por lo tanto, aplicable las reglas de Brasilia. Y ¿cómo vamos a abordar todas estas situaciones? A mí me da horror.

Porque quien no tiene esa primera vulnerabilidad, que es la económica, contrata un abogado hoy, mañana o pasado con el código, sin el código. Contrata un bufete entero. Ahí no interesa el principio de auto postulación porque tiene los medios para pagar.

Quien va a usar es quien no tenía antes para pagar, no es que estoy en contra, lo veo muy bien porque nos saltamos una barrera de acceso a la justicia. No es que estoy en contra del principio de auto postulación, es que creo que lo tiramos sin las herramientas.

6. ***¿Cree que este principio aplica también a las personas menores de edad, ósea las personas menores de edad pueden auto postularse en el proceso?***

Sí, correcto.

Recordemos el artículo 41 y la capacidad y el ejercicio pleno que tienen, el no aplicar el principio de auto postulación, consideró que sería una forma de discriminación etaria; si yo digo que el artículo 50 no se les aplica a los menores de edad a los que se les dio capacidad en el 41 estoy aplicando para mí una discriminación etaria.

Hay un elemento que usted me decía muy importante, como pienso yo paliar verdad esta situación, yo le dije algunas de ellas, pero me queda una muy importante en vista de que no tengo la defensa pública, yo espero paliar este desequilibrio con un curador del artículo 45, inciso 2.

El elemento sociocultural, yo creo que a ese le tenemos que sacar punta. Porque las otras, física y mental dependen de una valoración que es médica, pero el elemento sociocultural que le sumaba a todos aquellos factores de riesgo que le dije, pobreza, mujer, discapacidad. Bueno, todas es. Yo creo que podría paliar ese desequilibrio con el nombramiento de un curador procesal.

Ahora, sobre las personas menores de edad, recordemos que el artículo 41 unidades a capacidad, pero en el artículo 42 establece la obligación del Estado de darle asesoría a las personas menores de edad. Ellos lo tienen resuelto con el artículo 42.

7. ***¿Entonces la pregunta es un niño o una niña puede apersonarse proceso, pero es deber del juez que le nombre a un representante de alguna forma?***

No es un representante, es un apoyo, porque él tiene la representación legal, él es un apoyo.

Sí hablamos de un representante. Le estamos quitando la representación del artículo 41 y él puede actuar por sí mismo. Una persona menor de edad, mayor de 12 años. Y para una persona menor de edad, menor de 12 tenemos el último párrafo del artículo 41; los menores de 12 solo pueden accionar.

Pero recuerde que la persona menor de edad también podría ser sujeta a demanda. Si usted me habla que una persona menor de edad mayor de 12 se presenta el juzgado a demandar. Pero también podría ser demandada.

¿Podría ser el menor el que llegue con el uniforme de colegio a decirme mi mamá no me deja ver a mi papá y yo quiero un sistema de comunicación y visitas? sí. Pero también podría suceder que, eso es lo bonito del artículo, el artículo 42 concede esa asesoría legal de la persona menor de edad, en mi opinión, independiente de la posición jurídica que tenga en el proceso: actor, demandado, tercer interviniente o lo que sea, el Estado se compromete a darle asesoría legal y así tendría que ser, porque si no, entonces de qué me sirve darme un derecho sino tengo la efectividad.

Pero entonces le decía, podemos imaginarnos cómo promover entre sí como actor, sí, pero también como como sujeto pasivo, como demandado.

Por ejemplo, un muchacho de 16 años un papá de 16, que pide unas visitas para una mamá de 16. Tenemos los sujetos menores de edad y al producto de ellos dos, el hijo que también es menor de edad.

8. ***Respecto al apoyo legal que deben darse a las personas menores de edad. ¿Conoce cuál va a ser la institución que lo va a realizar en este momento?***

A mí me parece que eso lo va a asumir la defensa pública, pero no tengo noticia clara, o sea, así como que yo lo sepa, no.

Me parece que lo que le va a corresponder a la defensa pública. Porque no me imagino al Estado delegándole eso, por ejemplo, en consultorios jurídicos, pero sí podrían participar también el artículo 42 dice "El Estado garantizará la asistencia y patrocinio letrado y gratuito a los que carezcan de medios económicos suficientes"; que carezca ¿cómo, ¿cuándo y dónde lo acreditamos? No sé, pero el Estado ha delegado esa función de manera tradicional en la defensa pública.

¿Podría la Defensoría de los habitantes, tener un departamento?, sí, también es parte del Estado, o una parte más supervisora de Derechos Humanos, pero bueno, no sé, ¿la Procuraduría o el PANI?

En el PANI lo que hay que pensar muy bien es que no es una representación como ellos han creído, es un apoyo, es ser abogado el niño o de la niña. Es esa parte, no sé.

Pienso que la defensa pública sería mi respuesta, pero puede haber otras instituciones a las que el Estado le delegue esa función.

9. ***En cuanto a la capacidad procesal de las personas menores de edad, ¿está de acuerdo en la forma en que el Código se las otorga, lo que lo establece?***

Que complicada esa pregunta. Creo que era necesario este cambio de visión, pero creo que fue ideal, pero a la vez un poco desbocada y sin límite. Si tengo que tomar una postura, diría sí apoyo esa intervención activa y progresiva la apoyo desde todo punto de vista, teniendo como base una filosofía de Derechos Humanos y teniendo como base esta nueva visión de derechos y obligaciones como seres humanos que también tienen las personas con discapacidad. Pero sí creo que pudo mejorarse.

Muchos se cuestionan si 12 años es poco, algunos los he oído decir sí, pero a los 15 para mí, entre 12 y 15 y poca diferencia digamos. En cualquier caso, son inmaduros con adolescencia con hormonas y con un montón de cosas, pero no sé, creo que le faltaron controles o mayores apoyos. Veremos en la práctica.

10. ***Con respecto a eso que usted decía del cambio que debe darse en procura de los derechos, ¿cree que la forma que el Código lo establece es el cumplimiento de lo que ha establecido la Convención sobre los Derechos del Niño?***

Sí. Ahora recordemos que las convenciones son ideales y creo que ahí es tal vez la palabra. El código fue demasiado idealista, con poco pragmatismo tal vez. Pero bueno, si los convenios son ideales. idealistas tal vez

11. ¿Considera que las personas jugadoras están capacitadas para traer o incluir al proceso a las personas menores de edad?

No, creo que no todas. Yo no podría hablar, no conozco la capacidad de todas, pero creo que, así como creo que tenemos deficiencias, creo que esa sensibilidad que necesitamos es una habilidad que tenemos que desarrollar, creo que es una tarea pendiente.

Es tarea pendiente que la institución no nos ayuda porque con esa imposición de cargas numéricas no nos ayuda a desarrollar la verdad. Me parecería que necesitamos fortalecerla.

12. ¿Considera que el otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad sea una extensión del conflicto adultista a las personas menores de edad o poner una carga sobre ellos un conflicto, qué es más de adultos?

Creo que ese podría ser el resultado, creo que podría suceder.

Pero me niego a pensarlo de manera radical, creo que haberle dado esta capacidad de darle voz a voz y voto a quien no lo tenía. Los adultos tendemos a pensar que él hace lo que yo digo y punto, porque yo sé lo que estoy diciendo, lo cual hemos demostrado que no. No, no estamos en mejores condiciones emocionales que los niños y lo vemos en nuestros procesos. Por ejemplo, en sistemas de comunicación y visitas, el problema no lo tiene el niño, lo tienen los adultos que no saben hablar y que tienen rencores y problemas sin resolver.

No creo que ese sea el resultado per se. Creo que es darle voz y voto a quienes hemos ignorado por años, siglos y demás, pero no niego que podría suceder eso que usted está señalando que es al final tercerizarlo en un conflicto. Pero eso ya sucede, aunque no tenga voz. Entonces me niego a creer que ese va a ser el resultado perfecto. Quiero creer que darle voz y voto a quien no lo ha tenido.

No tiene idea, cuánto costó que se entrevistará a las personas menores de edad y hoy me sorprende que personas juzgadoras de muchos años ahora defienden la entrevista, pero recuerdo cuando en tiempos pasados decían, pero ¿qué tiene que decir ese carajillo? Lo único que hacemos

es agravar el conflicto con que él venga mejor. ¿Solo escuchamos a papá y mamá para que otra versión? Esos mismos hoy defienden la entrevista.

Pero está muy bien, lo interiorizamos. Pasar del sistema tutelado, un subsistema de derechos fue difícil. Las mentalidades son a veces cerradas, y creemos que con dar derechos es libertinaje. Entonces ha costado. Y creo que este otro paso va a costar también.

Karol Vindas Calderón

1. ***¿Está enterado de la forma en la que el Código Procesal de Familia implementa el Principio de la Autopostulación?***

   Sí.

2. ***Al respecto de los procesos resolutivos familiares, ¿cree que es claro el Código en cuanto a cuáles procesos producen cosa juzgada material? ¿por qué?***

No es tan claro, me parece que es una costumbre de usar el Código Procesal Civil, de mostrar formalidad y regularidad. El nuevo Código deja abierto a la interpretación, por esto podría producirse confusión, si es determinado por cosa juzgada o no, ya que lo que tiene que ver con personas menores de edad es reversible y los procesos patrimoniales, queda igual.

Sí, va a surgir que los papás van a querer la tenencia de las personas menores de edad, para no renunciar al bien ganancial. Como pasa en pensiones, los papás que se quieren dejar a los hijos, con tal de no pagar pensión, aun cuando no hay posibilidad de la guarda crianza de educación, pueden surgir algunos problemas, debió haber sido más específico el Código, trató de ser proteccionista, pero dejó por fuera las condiciones que no hay certeza de lo que va a pasar, siempre hay excepciones a la regla, así que puede pasar lo siguiente:

Una persona dice “yo tengo mi taller de trabajo ahí”, así que, si los menores viven en la casa y hay conflictos entre los adultos, la persona no se va a ir porque ahí está su lugar de trabajo.

3. ***¿Cuáles cree usted que puedan ser los problemas en cuanto la implementación de la figura de la autopostulación?***

Es una iniciativa que va a permitir solventar algunos conflictos, pero hay demasiada desinformación, el país no tiene tanta cultura jurídica para poder llevarlo a cabo, no tenemos una

defensoría de los habitantes muy fuerte, tampoco una defensa pública muy fuerte, el PANI está en decadencia, el ministerio de educación apenas puede con los temas esenciales, sería difícil asesorar a menores de edad para postular derechos, Al juzgado de niñez adolescencia se le está restando protagonismo y debió haber sido más fortalecido.

No me puedo imaginar a personas menores de edad reclamando visitas, que es un tema menor a temas de responsabilidad parental, podría llegar un menor a decir que los papas no lo dejan ponerse un piercing, que no lo dejan ir a una fiesta, un concierto. Puede prestarse para mucho, por la desinformación, incluso, a esta hora no se ha estructurado una campaña informativa para que sepamos cómo vamos a hacer

4. ***¿Cree usted que la implementación de esta figura pueda generar un crecimiento importante en cuanto al circulante de los tribunales?***

Sí puede ser, no solo en el circulante de nosotros, recordemos que nosotros vamos a tener auxiliares en trabajo social y psicología, mucho más cercanos. Yo soy abogada, mi formación es jurídica, no es en trabajo social o psicología, la experiencia me ha dado algunas herramientas, pero no recuerdo ninguna capacitación o maestría de cómo hacer una entrevista a una persona menor de edad, para saber cómo llevar a cabo la postulación, voy a necesitar a una psicóloga que esté ayudándome a interpretar la conducta de la persona menor de edad o una trabajadora social que me acompañe a ver las necesidades que esa persona menor de edad está requiriendo.

No solo será un aumento en el circulante, también en las demandas que necesitamos nosotros en materia del Departamento de Trabajo Social y Psicología, que sea capacitado, menos que los técnicos de nosotros, pero deberían de estar en igualdad de condiciones, porque son auxiliares de nosotros.

5. ***¿Cree que la implementación de la figura de la autopostulación pueda ir en contra del principio de igualdad? ¿Por qué?***

Nosotros estamos para garantizar la neutralidad, no solo a la hora de decidir de forma imparcial, sino neutralidad en los espacios donde se vayan a discutir estos temas.

¿Por ejemplo Pensemos en un en una persona menor de edad que vaya a auto postular un proceso de custodia de uno de sus progenitores y que el papá venga con un abogado, no solo la

persona menor de edad es vulnerable por su condición propia de serlo, sino que además va a estar en la desventaja de no tener abogado?

El papá se va a presentar, con un abogado, que además va a tener el conocimiento para la defensa, entonces, la persona juzgadora va a tener que tener muy buen plan para canalizar esa demanda, para hablar primero en una entrevista muy adecuada con la persona menor de edad, haciendo llegar un protocolo, para saber con quién quiere vivir el chiquito, por ejemplo, pero ya en un tema de auto postulación con una demanda, con una pretensión que vaya a perseguir otros objetivos, un proceso de conocimiento, creo que se nos va a poner un poco cuesta arriba. Entonces nos va a tocar hacer un esfuerzo muy grande, también por el tema de las agendas, nosotros recibiendo una denuncia, o una demanda de una persona menor de edad, entrevistándola, va a tener que esperar a que el juez o la jueza esté fuera de audiencia, no la vamos a poder hacer con un simple formulario de marque con X como hacemos, por ejemplo, de las Albas, va a tener que ser mucho más personalizado, mucho más detallado, tal vez tengamos que llamar a una trabajadora social o una psicóloga, mientras atendemos a esa persona menor de edad, está el padre o la madre con su abogado defendiendo sus puntos.

La ley no ha preparado las estrategias para ponerla en funcionamiento. La ejecución va a ser complicada.

Va a haber un des balance necesariamente y los atributos de la persona juzgadora en el respeto y en la fiscalización de los derechos de las personas menores de edad, a veces no van a dar para tanto, porque tiene la contraparte exigiendo, al mismo tiempo, sus condiciones, yo no me puedo imaginar tomar una decisión de una custodia en una sola tarde.

6. ***¿Cree que la implementación de la figura de la autopostulación pueda provocar que exista una violación al principio de juez imparcial?***

Sí, objetivamente sí. El juez va a tener que desdoblar su naturaleza de imparcialidad y va a tener que volverse proteccionista. Porque hay una persona menor de edad exigiendo esa protección, no hay una igualdad de partes.

Entonces nosotros, sí o sí, vamos a tener que observar principios, en una balanza, por ejemplo, están los derechos de una persona adulta que sea una mujer y están los derechos en la otra parte de la balanza de las personas menores de edad. Al final de cuentas, esta mujer que pudo haber

sido agredida por otro adulto, su pareja, que pudo haber estado viviendo en condiciones paupérrimas, todo lo que usted quiera decir, esta persona adulta tenía la posibilidad de elegir entre vivir debajo de un puente o no, una persona menor de edad no puede elegir, es el más vulnerable de toda la pirámide. Ni siquiera un adulto mayor es tan vulnerable como un niño o una niña, entonces esta persona menor de edad siempre está en una condición de tanta vulnerabilidad, por lo que han estado alrededor de ella las personas adultas, que nosotros, sí o sí, vamos a tener que volvernos proteccionistas y ahí la balanza se va a desequilibrar y vamos a tener que irnos solamente a uno de los lados.

7. ***¿Cuál es su opinión general en cuanto a la implementación de la figura de la autopostulación con la Reforma Procesal de Familia?***

Sí es un avance, la idea es muy buena, yo estoy muy satisfecha con esa intención, pero puede salirnos más caro el caldo que los huevos, como decimos popularmente, cuando no tengamos las estrategias para ejecutarla, por el tema de las trabajadoras sociales, pensemos en el espacio físico, ya en este momento del juzgado, probablemente tengamos que readecuar nosotros el comedor o la sala, para que sea una sala donde podamos recibir a las personas menores de edad.

Ahora, qué grupo etario, un chiquito, un adolescente, ni siquiera tenemos en este momento las condiciones de estructura para eso, en algún momento teníamos en el juzgado unas galletillas y unos juguillos para los chiquillos, vamos a tener que echar mano de ese tipo de estrategias. Entonces la idea es muy, muy buena, es volver a hacia la niñez y la adolescencia como sujetos de derecho y no como los objetos que siempre han sido. La persona menor de edad no puede seguir siendo el instrumento de venganza de los adultos, que es lo que históricamente ha ocurrido, y esta idea refuerza toda la validación de derechos en las personas menores de edad.

Pero de esto, a que lo podamos implementar adecuada y eficientemente, todavía yo tengo mis dudas.

8. ***¿Está enterado de la forma en la que el Código establece el otorgamiento de Capacidad Procesal a las personas menores de edad?***

Sí, bueno, en realidad el Código no habla de qué es exactamente lo que lo que vamos a tener que hacer, me parece, nosotros habíamos discutido que, si había que hacerle un estudio

psicológico a cada uno de los chiquitos para saber es igual un chiquito de 9 años de la Carpio, a un chiquito de 9 años que esté matriculado en la Angloamericana.

Ya con solo eso, el grupo etario se quiebra porque no va a depender específicamente de la edad. Va a depender de la estimulación de su entorno, de la realidad ecológica en la que se ha desarrollado.

Entonces ¿podríamos decir que todas las personas de 9 años, de 12 o de 15, son capaces en igualdad de condiciones? Me sigue pareciendo una pregunta compleja de responder.

9. ***¿Está de acuerdo con el otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad de la forma que lo hace el Código?***

A mí no me parece que el simple hecho de decir: "corresponde a este grupo etario o a este otro" va a ser suficiente. No es lo mismo un niño estimulado a un niño que no está estimulado, los chiquillos son muy diferentes si están bien estimulados. Hoy en día, el Ministerio de Educación dice que los chiquitos pueden entrar a maternal a partir de los cuatro años. Pero chiquitos donde el papá y la mamá trabajan, que entran al maternal, en sala cuna y demás, ¿de cuántos años estamos hablando que ya empiezan a ser estimulados? Entonces, todas estas diferencias socio económicas sí me parece que van a repercutir.

10. ***¿Considera que es claro el Código al respecto si las personas menores de edad requieren que siempre deban apersonarse con representante legal, o por el contrario les aplica el principio de autopostulación?***

Sí, me parece que sí.

11. ***¿Está al tanto de cuales instituciones brindarán asistencia legal gratuita a las personas menores de edad?***

Porque van a haber muchos menores pidiendo derechos, sin ninguna asesoría como corresponde. No he oído nada, después de seis meses de la implementación del Código, por parte de la Defensoría de los habitantes, que haya hecho algún diagnóstico en este tema y mucho menos del PANI.

12. ***¿Considera que las personas juzgadoras están capacitadas para incluir al proceso a personas menores de edad?***

Yo tengo 25 años de ser jueza, y yo vuelvo a ver la jueza que yo fui hace 10 años, no se parece a la de hoy. La experiencia que, yo tuve en el juzgado de niñez y adolescencia, que fue voluntaria, porque yo quería ir a ese juzgado y la que adquirí a través de los procesos en materia de familia es distinta.

Por eso, sí creo que estos procesos de autopostulación de personas menores de edad deberían de tener un juez totalmente especializado, no porque el otro no conozca de los derechos, no es un tema tanto jurídico, sino por el manejo de las entrevistas, el manejo de las audiencias, el equilibrio que tiene que buscar, que no necesariamente son actos de pleno derecho. Entonces todavía me parece que no estamos tan preparados, no hay un protocolo todavía, aprobado, por ejemplo, por la escuela judicial, que diga "Las personas menores de edad se van a tratar bajo estas condiciones."

Improvisamos, nos equivocamos, con un chiquillo, nos resulta de una forma y con otro de otra. Entonces siento que todavía tenemos ese enorme hueco ahí.

13. ¿Considera que el otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad sea una extensión del conflicto adultista a las estas?

Sí, igual las personas menores de edad no tendrían por qué tener el manejo completo del conflicto entre sus progenitores, esto los obliga a tomar partido y cuando toman partido de uno u otro progenitor, hacen que haya una desvinculación con el progenitor que se supone que tiene la razón.

Entonces el tomar partido va a decir, "bueno, yo apoyo a mi mamá o apoyo a mi papá" dependiendo, y cuántas veces estos chiquillos van a ser utilizados, aun cuando la Organización Mundial para la Salud no haya determinado que el síndrome de alienación parental existe, sabemos que hay muchas conductas que hacen que esto pase. Aunque digan que la mayoría son las mujeres, pues también conocemos a hombres en esta condición.

14. ¿Cree que la forma en que lo hace el Código es cumplir con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño?

No, del todo no, el análisis de la observación 12 de UNICEF, especifica que, para que podamos llevar a cabo acciones como esta, tuvo que haber estado preparado el tener a mano un

equipo interdisciplinar, que solventará con la persona juzgadora, las herramientas para poder llevar a cabo esta regulación de capacidad.

Douglas Román Díaz

1. ***Al respecto de los procesos resolutivos familiares, ¿cree que es claro el Código en cuanto a cuáles procesos producen cosa juzgada material? ¿por qué?***

Yo por lo menos leyendo el Código. Lo vi claro, ya si usted va a estudiar con detalle ese punto, pues podría encontrar alguna irregularidad, pero en realidad, por lo menos yo veo claro esa posibilidad que brinda el Código.

2. ***¿Cuáles cree usted que puedan ser los problemas en cuanto la implementación de la figura de la autopostulación?***

La figura tiene un fin bueno, que es que la toda persona pueda recurrir a la justicia sin necesidad de tener que ir a pagar a un abogado o tener que representarse por un abogado. Lo que ocurre es que hay varias cosas que yo veo que van a ser complicadas. Número 1, que se supone que el nuevo código procesal de familia va a ser muy técnico, va a ser muy, o sea, el abogado que no esté preparado se le va a caer el mundo o la va a pasar muy mal en las audiencias porque tiene que estar adecuadamente preparado, entonces imagínese el abogado ahora qué va a pasar con un usuario que llegue sin representación

El Juez tiene la posibilidad de balancear el proceso, además de eso, de proteger al sector más vulnerable y demás, pero es ahí donde viene el problema, que, si se abre para otro tipo de proceso, sino dónde sea absolutamente necesario. Podría generar esa mala técnica de la persona usuaria. Un caos procesal.

Yo creo eso va a generar una mala practicidad o técnica a la hora de llevar a cabo los procesos judiciales con un código que es tan técnico y se supone que busca la especialidad de los profesionales en Derecho.

Un segundo problema es cuando a la hora de los interrogatorios. En los procesos contenciosos, ha sido reiterado el problema cuando uno va y llega la otra parte sin representación a la hora de preguntar es un caos, incluso uno como abogado contrario, hasta termina casi que

ayudándole a formular las preguntas que porque no las saben hacer y porque no tienen las técnicas para hacerlo. Entonces va a generar.

Dependiendo del tipo de proceso, no necesariamente el juez va a poder influir en que quien no está siendo representado pueda ejercer una buena defensa, no necesariamente en violencia doméstica, quizás en pensión alimentaria también, pero habrá otro tipo de procesos resolutivos familiares, como lo indica usted, en dónde lo que se discute son otro tipo de conflictos. En donde no necesariamente el juez va a poder balancear o influir adecuadamente para que el proceso se torne un poco más justo

Un cuarto elemento va a ser que va a generar mucha injusticia porque va a llegar una persona bien representada y otras sin este, todo esto buscando proteger la gratuidad, efectivamente buscando proteger el libre acceso a la justicia que tiene la persona usuaria, pero a mi criterio debería mejor buscarse otras soluciones para que la persona esté representada por un abogado, salvo en ciertos casos que debería calificar el juzgado el juzgado directamente.

3. ***¿Cree usted que la implementación de esta figura pueda generar un crecimiento importante en cuanto al circulante de los tribunales?***

Pienso, y estoy seguro de que sí va a crear un circulante enorme, creo que eso les va a pasar, hablo de un caos a nivel judicial. Porque por lo menos cuando una persona llega a donde un litigante, el litigante puede filtrar. Si presenta una gestión o no entonces, por ejemplo, hoy he atendido tres personas en la mañana, de las cuales dos venían para presentar trámites. Entonces vi que la demandas no son viables, o sea, para qué van a presentar demandas y no van a tener ningún fundamento.

El juzgado muy probablemente le va a tener que dar trámite. Ahí hay una figura que eventualmente podría rechazar las demandas, pero contra eso están los reiterados pronunciamientos del libre acceso a la justicia, y la posibilidad del acceso a la justicia. Entonces se van a llenar los juzgados de incidentes. Entonces me parece que si va a aumentar el circulante en forma importante.

4. ***¿Cree que la implementación de la figura de la autopostulación pueda ir en contra del principio de igualdad? ¿Por qué?***

Yo no creo que sea una violación al principio de igualdad y usted me va a decir ¿Pero es que va a decir algo diferente a lo que han dicho los demás o lo que acaba de decir?

No, porque si la ley le da la posibilidad de representarse solo o con un abogado, la persona va a escoger. Y si va a escoger representarse solo, pues entonces tuvo la igualdad de condiciones. Eso por lo menos mi consideración.

Que ahí lo que habría es violación a otros tipos de principios como el de la tutela de la gente de los sectores más vulnerables. Que la misma Constitución Política establece que el Estado tiene que velar por la protección de la familia de la y los grupos vulnerables. Entonces esa parte es la que yo creo que se podría vulnerar más que un principio de igualdad, repito, la igualdad se va a dar porque tiene la condición para escoger.

Pero si se le están violando otros derechos al no brindársele otras posibilidades económicas no da acceso a profesionales para que puedan colaborar en su defensa.

5. ***¿Cree que la implementación de la figura de la autopostulación pueda provocar que exista una violación al principio de juez imparcial?***

Yo no creo que vaya a violar la figura de un juez imparcial. No sé eso sería ingenuo o no, pero yo pongo las manos al fuego por los juzgadores para decir que ellos siempre van a Juzgar en un proceso de familia conforme lo estimen mejor que entonces. No creo que eso vaya a influir.

Lo que sí va a representar probablemente conflictos para los mismos jueces al momento de llevar a cabo las audiencias y el proceso, porque van a tener que de una forma u otra balancear el proceso para que una parte no se coma a la otra. Pero no creo que esto afecte en la decisión imparcial del jugador.

6. ***¿Considera que fueron excluidos los abogados y las abogadas litigantes del proceso de Reforma Procesal de Familia?***

Parcialmente sí. Yo en el tema de la reforma desde que inició el Código en algún momento, aunque sea muy mínimamente he tenido alguna participación, con Alberto Jiménez mata, que fue 1 de los grandes redactores del código algo conversé por ahí.

En algún momento él dio clases en la Universidad de Costa Rica para el momento en que yo también estaba dando clases entonces pues ahí tuve la oportunidad de conversar con él algunas cosas guardando las distancias, porque él es un extraordinario procesalista. En algunos momentos se me pidió algún punto de vista. Y también antes de que el Código se aprobará, el Colegio de

Abogados pidió una opinión a ciertos abogados y entre esos había abogados litigantes que dimos opinión con respecto al Código en que vivimos bien y que vimos mal.

Le digo en cuanto a participación. En cuanto a influencia sobre el código, fue prácticamente nula, porque el código de todos es conocido, fue efectuado por jueces y no por litigantes propiamente, creo que sí le faltó un poco de participación, si la hubo, pero no con la influencia o la necesidad que creímos debió haber existido.

7. ***¿Está enterado de la forma en la que el Código establece el otorgamiento de Capacidad Procesal a las personas menores de edad?***

Esto viene de años, implementándose poquito a poco. Entonces, por ejemplo, antes era absurdo, José David, que, por ejemplo, un menor de edad tuviera que firmar un acuerdo de divorcio en donde esté de acuerdo, valga la redundancia, en la custodia o las visitas de su papá hacia él.

Antes era increíble eso, pero ahora, por ejemplo, vienen juzgados y no voy a mencionar cuáles, en donde dice "Es que el menor tiene que participar en la firma del documento", así entonces de ahí uno tiene que citar al menor de edad de 15, 16 años para que forme parte de un divorcio en la cual uno no quisiera que forme parte. O igual, el juzgado los llama para que los entrevisten, para ver si está de acuerdo o no.

Igualmente, la ley de violencia doméstica, dando la posibilidad de que menores personas menores de edad puedan participar para poner la denuncia. Actualmente entonces se ha venido buscando cómo alinear las leyes internacionales, las convenciones y demás y a las directrices que ha emitido el Poder Judicial o los mismos juzgados en los últimos años.

8. ***¿Está de acuerdo con el otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad de la forma que lo hace el Código?***

A mi criterio muy personal es que no debería ser así, menos en una edad tan pronta, no está bien, la persona menor de edad debería necesariamente estar representada y debería ser solo en casos muy, pero muy calificados, en donde el juzgado le permita hacerlo en forma independiente.

También se va a prestar eso para muchas irregularidades. Muchos caprichos, y mucho conflicto,

Por ejemplo, hace poquito fui al juzgado de violencia doméstica y dejaron declarar un chiquito de 12 años o 13 años. 12 años podría tener que con 1 grado de Insolencia y prepotencia o de mala educación. Y qué complicado va a ser para el juez ponerle orden.

Igual una vez allá en Heredia, que entraron unos chiquitos al juzgado justamente para para ver si estaban de acuerdo o no en determinada cosa y también fue una mala experiencia. Yo creo que el derecho de los niños no debería ser necesariamente protegido o creer que lo protegemos porque los dejemos intervenir a los 12 años o antes, sino lo que debemos buscar es que el Patronato nacional de la infancia, una vez en su vida cumpla con su función adecuadamente y que los representen forma adecuada y si no, que el juzgado le nombre, llámese un tutor, un garante o lo que fuera, pero mi criterio es que 12 años es una edad en que no va a tener la madurez ni la condición. Menos de 12 años peor.

Podría eventualmente pensarse en una edad mayor, 15 años, tal vez, pero a mí mi criterio por lo menos muy personal, que eso también va a generar más caos aún en los procesos.

9. ***¿Considera que es claro el Código al respecto si las personas menores de edad requieren que siempre deban apersonarse con representante legal, o por el contrario les aplica el principio de autopostulación?***

En realidad, la autopostulación todo apunta a que va a aplicar también para las personas menores de edad, porque incluso actualmente aplica, por ejemplo, un proceso de Violencia doméstica lo puede poner la persona menor de edad, ahí el tema es la edad pero entonces, eventualmente siento que la autopostulación se va a dar y que la persona va a poder presentar su gestión, lo que yo creo es que debería no ser abierto a todos los procesos, sino a determinado tipo de procesos, o porque si no va a generar mucho problema

No recuerdo exactamente cuál es el articulado o en qué parte lo está del Código procesal de familia, pero si lo que le puedo decir es que debería el Código, si no lo hizo, los juzgados con las amplias facultades que tienen para que no se permita que todo tipo de trámite lo pueda auto postular una persona menor de edad, debería ser restringido a cierto tipo de trámites.

10. ***¿Está al tanto de cuales instituciones brindarán asistencia legal gratuita a las personas menores de edad?***

No, no he escuchado ningún movimiento de cuál va a ser esa institución o algo. No sé si estaré mal informado, pero no he escuchado ninguna, asumo que debería ser el Patronato nacional de la infancia quien deba asumir esa función.

Siento que si a un usuario mayor de edad, determinadas instituciones llámese como el INAMU, llámese como la Universidad de Costa Rica, las casas de Justicia y demás le brindan apoyo, pues con mucha más razón debería ser cuando el menor esté legitimado para hacerlo, pero no he escuchado ningún movimiento para que sea una institución determinada.

Todo esto nos toma a la gran mayoría con mucha expectativa lo que vaya a ocurrir a partir de octubre. Porque si va a ser va a ser complicado a partir de octubre.

11. ¿Considera que las personas juzgadoras están capacitadas para incluir al proceso a personas menores de edad?

Evidentemente, no todos, porque primero a los funcionarios del Poder Judicial. Si usted les pregunta, si han tenido alguna capacitación para cómo manejar un proceso en donde Participe una persona menor de edad, la gran mayoría le van a decir que no.

Porque no, no tienen esa preparación. Tendría que ser un juez que haya sido trabajador social o psicólogo infantil, es complicado entonces. Y los litigantes, dependiendo de la experiencia y su especialidad que van a tener ese conocimiento, Yo, por ejemplo, le digo que tengo 29 años de estar en esto y me preocupa mucho la participación de una persona menor de edad en un proceso en donde esté conmigo o en la contra parte. Imagínese lo que va a implicar para un abogado, que llegan muchos que trabajan en Derecho penal, en derecho civil o en derecho comercial, que de vez en cuando se les ocurrió tomar un asunto de familia para llegar a un proceso. Y también, por ejemplo, Llega a un juzgado con una persona menor de edad y está Mauricio Chacón, que ha escrito sobre los derechos de las personas menores de edad, que es el librito que todos hemos leído en algún momento, para ver la capacidad de las personas menores de edad en audiencias. Entonces muy probablemente él pueda manejar en forma adecuada el proceso o alguna buena cantidad de jueces extraordinarios en este país.

Creo que no se está capacitado, ni los litigantes ni los jueces para poder recibir a una persona menor de edad, con un papel activo y, sobre todo, legitimado activa o pasivamente en un Proceso.

12. ¿Considera que el otorgamiento de capacidad procesal a personas menores de edad sea una extensión del conflicto adultista a las estas?

Yo pienso que sí. Me parece que así es. Se le está dando al a los niños una responsabilidad más allá de la que deberían tener. Yo por eso digo que el procedimiento actual antes de octubre no está tan mal, había que tomar cosas buenas del procedimiento actual entonces ¿qué se hace actualmente?, por lo menos yo lo cuándo litigó, procuro hacerlo valer, que es qué entrevisten a la persona menor de Edad sin presencia las partes y si es necesario un trabajador social y un psicólogo.

Conforme el Código de la niñez y la adolescencia el niño pueda ir en cualquier momento, siempre y cuando el juez esté en condiciones de recibirlo para hablar con el juez cuando esté discutiéndose algún asunto en donde el menor tenga intereses. Además de eso están trabajo social y psicología, que también puede externar su posición, entonces yo creo que darle más responsabilidad de la cuenta me parece que genera una pésima noticia a las personas menores de edad, aún y cuando crean que van a tener mayores derechos. Porque eventualmente, más bien los va a hacer, más les va a generar más conflicto en sus casas de habitación o en sus familias.

13. ¿Cree que la forma en que lo hace el Código es cumplir con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño?

Lo que se ha intentado justificar en la participación de las personas menores de edad. Es que lo que pretende es cumplirse con lo que dice la Convención y con lo que dicen las normas internacionales, Yo creo que es lo que se intentó en el Código, justificarlo o adecuarse más a las normas internacionales, en especial la Convención.

Mi criterio es que fue lo que se intentó, pero no necesariamente es lo correcto. Me parece que hay otras normas en la misma Convención, en la en el código de la niñez y la adolescencia, en tratados internacionales y demás que también buscan la protección de la persona menor de edad. Y no necesariamente diciéndole vaya solito a usted a una audiencia y puede intervenir usted en forma directa, sino que yo vuelvo a insistir que eso se pudo haber traducido, brindándole una buena representación a la persona menor de edad, ósea, buscándole una representación y un apoyo a la persona menor, y no solo mandarlo a la guerra.