

LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS FAMILIARES A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE LEY PROCESAL FAMILIAR

Yudy Pilar Campos Gutiérrez

El reconocimiento de los derechos humanos de los niños, las niñas y los y las adolescentes es un aspecto fundamental para su participación efectiva en los procesos judiciales conforme a su capacidad progresiva, como seres humanos con dignidad propia, con la posibilidad de asumir la defensa de sus derechos en los asuntos que les conciernen cuando así lo deseen.

Toda reforma procesal en la materia familiar que se disponga necesariamente debe tomar en cuenta este aspecto en consonancia con la doctrina de los derechos humanos y la Convención Sobre los Derechos de los Niños.

Las personas menores de edad, en adelante (PME), son titulares de derechos y obligaciones, en consecuencia, deben poder actuar conforme a la titularidad de los derechos que les compete, cuando así lo deseen y tengan madurez suficiente para ello.

Reconocimiento de los derechos humanos a las personas menores de edad

La revalorización del niño y la niña en su condición de personas surge con la expansión de la doctrina de los derechos humanos, la cual tiene lugar principalmente después de la Segunda Guerra Mundial. Se da la quiebra del modelo jerárquico de familia, y se instaura la familia democrática, donde ambos cónyuges ejercen iguales derechos en el ámbito familiar; los hijos y las hijas respetan la autoridad de los padres, quienes tienen la misión de guiar a los hijos e hijas durante su proceso de desarrollo hacia la consecución de su propia autonomía con responsabilidad. Pero, a su vez, los padres o encargados deben respetar la dignidad de las personas menores de edad a su cargo.

Antes del siglo XX, en realidad había muy poco interés por los niños y las niñas, tanto en la sociedad como dentro de la familia. Su valía se concebía en función de la utilidad para los padres. Eran considerados objetos al servicio de sus padres.

El interés por los niños y las niñas, especialmente en relación con su participación en el ejercicio de sus derechos, surge en el derecho anglosajón cuando se da cierto antagonismo

entre los Welfarists que ponen su acento en el “bienestar” del niño y los Libetionists, defensores de sus “derechos”. Así dos vertientes de protección surgen: una tendiente a la protección directa del niño en razón de su debilidad y otra tendiente a su liberación de su estatus de dependencia. (Rivero, Francisco, 2007, p. 38).

En el derecho francés, se presenta el mismo fenómeno que en Inglaterra; las primeras legislaciones sobre menores no se crearon para proteger a los niños, sino otros intereses, y cuando se protegían, no era al niño individualmente considerado, sino que se protegía a la infancia. La situación no fue diversa en América Latina.

El y la menor por su inmadurez e inexperiencia eran considerados incapaces del ejercicio de sus derechos y eran sometidos a la autoridad y representación de sus padres.

La aparición del niño como sujeto activo en los procedimientos familiares es un fenómeno de la segunda mitad del siglo XX, acceso vinculado al concepto de “interés del niño” en el derecho interno como criterio preponderante en las decisiones que le conciernen luego de la declaración de los Derechos de los Niños, la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989), la cual expone sus derechos y libertades fundamentales específicas y el derecho de expresar su opinión y de oírsele en todo procedimiento judicial o administrativo que le concierne” (Melders, Marie, 2005, p. 323).

En América Latina, se puede considerar que “Antes de la Convención, todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en los principios de la doctrina de la situación irregular. Una doctrina que aunque vagamente formulada, marcó decisivamente las legislaciones de menores de nuestro continente [...]” (García Emilio, 2001, 21).

En Costa Rica, se ha avanzado en materia de protección de los derechos de la niñez, a partir de la Convención sobre los Derechos de los Niños. Sin embargo, aún falta mucho por hacer. Se pasó de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral que es cuando comienza a hablarse de la persona menor de edad como titular de derechos y obligaciones. Surgen modificaciones en la legislación interna, se comprendió que las características propias de las personas menores de edad exigen una justicia especializada y, además, un trato personalizado¹.

Se cuenta con jurisprudencia de avanzada que promueve la participación adecuada a las personas menores de edad, escuchándolas y teniendo en cuenta sus opiniones en las sentencias que decidan asuntos que les conciernan directamente, conforme a su capacidad progresiva.

No obstante, aún se denotan temores en los jueces y las juezas de instancia a nivel estructural para dar una participación más protagónica a este sector y, en la sociedad a nivel cultural, para darle un poco más de autonomía a aquellas PME que cuenten con madurez

suficiente para ejercer sus derechos por sí mismas. **La declaración y convención de los derechos de los niños**

La Declaración de los Derechos del Niño fue proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959, la cual en su principio 2 establece:

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

Convención de los Derechos del Niño

Esta convención fue suscrita en la Organización de Naciones Unidas en 1989, y por Costa Rica en enero de 1990, fue ratificada por ley de la República en julio de ese año y tiene, como finalidad primordial, la tutela de los derechos de los niños y las niñas, en procura de su mayor bienestar.

Al igual que en la Declaración de los Derechos del Niño, uno de sus principios fundamentales es el reconocimiento de que “*el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”. (O'Donnell, D., 2001, 16).

Los Estados partes respetan la responsabilidad de los padres frente a sus hijos y, a su vez, son garantes de que ese ejercicio se realice de una forma adecuada. Solamente ante un ejercicio indebido, negligente o abusivo, intervienen en defensa de las personas menores de edad.

En general, la Convención pretende definir los derechos del niño más frente a la sociedad que frente a la familia. La Convención y su contenido no debe ser analizado como hecho aislado, sino en su contexto, como un aporte a un corpus juris existente, o sea, al derecho internacional de los derechos humanos. Dos derechos, ya ampliamente reconocidos, tienen especial relevancia para la Convención, a saber, el derecho del niño a una protección especial y el derecho de la familia a protección, en particular a ser protegida contra injerencias arbitrarias o ilegales [...] Si la injerencia es necesaria para la protección del niño, es legítima, caso contrario, constituye una injerencia arbitraria en la intimidad de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad (O' Donnell, D., 2001, 23).

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

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

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional. (Benavides, D., 2002. 164).

La convención de cita cambió el paradigma con respecto al tratamiento que debía darse en toda decisión que afecte a las PME, pues a partir de la promulgación de este instrumento, necesariamente debe escucharse la opinión del niño y de la niña en todo procedimiento administrativo o judicial que los afecte. Además, debe garantizarse a la persona menor de edad que su opinión será tomada en cuenta, independientemente de lo que se resuelva.

Normativa interna de protección al derecho humano de acceso a la justicia para las personas menores de edad

La Constitución Política de Costa Rica es de 1949, por este motivo, no desarrolla los principios que introduce la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Sin embargo, reconoce importantes principios de protección a la familia, a los menores y a las personas adultas mayores, lo que debe interpretarse evolutivamente, (vía jurisprudencial) como protección a los grupos más vulnerables, estando dentro de ellos las personas menores de edad y, con ello, la tutela del principio del interés superior del menor que va ligado a toda normativa en materia de niñez. **El Código de la Niñez y Adolescencia**

Costa Rica suscribió la Convención de los Derechos de los Niños, en enero de 1990, y promulgó el Código de la Niñez y Adolescencia, como parte de la legislación interna que desarrolló los principios y contenidos de la Convención. Así, mediante la Ley 7739, el 06 de febrero de 1998, entró en vigencia el Código de la Niñez y Adolescencia. Dicha normativa marcó una pauta importante en la legislación protectora de las personas menores de edad, desde la óptica del respeto de los derechos humanos.

La ratificación de la Convención exige el replanteamiento conceptual y estructural de lo que deberán ser las relaciones entre los adultos, los niños y adolescentes en una sociedad democrática, conforme a sus particulares condiciones de personas en desarrollo.

Señala Baratta que

la ciudadanía es el estado jurídico de plena participación en la comunidad estatal y en los otros entes políticos territoriales... la esencia de la democracia está fundamentalmente vinculada al reconocimiento del niño, no como un ciudadano futuro sino como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra, partiendo de una interpretación sistemática y dinámica de la Convención por la cual el niño en cualquier fase de su desarrollo goza de una ciudadanía plena que comprende no solo las relaciones políticas de autonomía y autogobierno, sino también las relaciones sociales y familiares” (Baratta A, 1999, p. 43. Leído en una publicación de Domínguez, A y otros, 2006, p. 539).

En definitiva, las personas menores de edad son de por sí titulares de sus derechos: pero van a ir disfrutando gradualmente de todos los derechos humanos que les son inherentes como personas, de acuerdo con su grado de madurez emocional. **Capacidad procesal de goce y ejercicio**

La teoría general del derecho distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera es la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercer los derechos; *en nuestro caso, para actuar por sí, en el proceso.* (Vescovi, 2006, p. 162).

Capacidad procesal

La capacidad procesal de la persona física es la aptitud que tiene el sujeto de participar personalmente en un proceso judicial o litigio, accionando en defensa de sus derechos o intereses legítimos o bien de ejercer por sí mismo su defensa cuando es demandado; es decir, resistir la acción interpuesta en su contra.

Para contar con capacidad procesal en el sentido que nos interesa (capacidad de actuar o de ejercicio), se requiere reunir los requisitos que la ley establece. Generalmente están relacionados con la edad y el estado mental de la persona. Si no se cuenta con ellos, la parte solo puede accionar mediante representación.

En Costa Rica, prácticamente se da por sentado que las PME no tienen participación directa en los procesos judiciales que las afecta. Una muestra de ello se encuentra en el artículo 140 del Código de Familia, el cual regula que es competencia de los padres representar a sus hijos.

Por otro lado, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, en su artículo 4, modificó la última parte del artículo anterior en forma tácita, al señalar como funciones de esa institución, representar legalmente a los niños cuando no estén sujetos a autoridad

parental ni tutela, o cuando quienes la ejerzan no sean aptos para asegurar la garantía de sus derechos.

A pesar de lo que establece la Convención de los Derechos del Niño en su Artículo 12, en relación con el artículo 33 constitucional, sobre los derechos del niño y de la niña a ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte y sobre la igualdad ante la ley y trato sin discriminación, aun la legislación interna no es del todo congruente con la norma internacional.

El proceso del desarrollo del ser humano y la capacidad progresiva en las personas menores de edad

El ser humano no nace con todas sus facultades desarrolladas, sino que desde que nace se va formando y transformando hasta llegar a convertirse en una persona adulta y autosuficiente. Su capacidad cognitiva lo va moldeando, de manera que pueda modificar su entorno y desarrollar su capacidad de adaptación. A través de este proceso, va adquiriendo la madurez para poder desenvolverse socialmente con competencia.

El niño y la niña se socializan en la familia, de ella aprenden las costumbres, las reglas, las prácticas culturales y espirituales; reciben apoyo y afecto en su proceso de desarrollo y crecimiento.

La Convención de los Derechos del Niño es un estatuto de las garantías jurídicas que no solo enumera los derechos específicos de los menores, sino que también contempla los derechos y deberes de los responsables de la formación del menor. En esta función los padres son promotores de la capacidad de su hijo para intervenir responsablemente en la familia, en la escuela y en la vida en sociedad. Dentro de este contexto, la primera parte del artículo 12 determina el derecho del niño a expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierna. Interesa remarcar que el eje se desplaza hacia una instancia de diálogo, en la que la voz del niño es considerada respecto del derecho cuya realización se efectiviza a través de su mejor interés. El niño sabe que sus padres son responsables por él, que deben guiarlo; al mismo tiempo, estos deben conocer que el paso de cada etapa evolutiva de aquel determina una mayor participación en la toma de decisión que lo involucra. (Grosman, C. 2006, 48).

Los padres o las personas encargadas son quienes preparan a la PME para que tenga capacidad suficiente para llegar a ser autónoma. Sin embargo, no todas las personas alcanzan su nivel de madurez a la misma edad; a mayor edad generalmente hay mayor madurez, pero no hay reglas uniformes. **Implicaciones que conlleva el derecho a ser oído u oída en los procesos**

El derecho a ser oído u oída en los procesos judiciales y administrativos o en las decisiones que las afecten constituye un derecho fundamental de las PME. Es un derecho que es válido no solamente ante esas instancias institucionales, sino también en los mismos hogares, frente a los progenitores o personas encargadas de estas PME.

Este derecho consagrado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, en materia jurisdiccional, comprende el acceso a la justicia y todas las implicaciones que ello conlleva. Esto es no solo la posibilidad de expresar su opinión en un proceso que afecte a la PME ante el juez o la jueza o el o la profesional que aquellos determinen, sino también la posibilidad de intervenir directamente, actuando como parte dentro del proceso como actor, actora o persona demandada, tercera interesada o interviniente, siempre que tal intervención sea entendida como una facultad. Es decir, la PME es quien decide si ejerce o no el derecho.

Las autoras argentinas María Victoria Famá y Marisa Herrera han señalado:

La norma citada considera el derecho a ser oído del niño desde dos perspectivas diferenciadas. El primer párrafo, reconoce el derecho del niño a expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierna; el segundo, hace una aplicación de la regla y organiza el derecho a ser escuchado en un proceso judicial o administrativo, tema que será profundizado en este trabajo en sus dos vertientes: 1) el derecho de defensa en sentido material y 2) la llamada defensa técnica, o derecho a una asistencia jurídica especializada. (Famá, M y Herrera, M, 2008, 182).

En otros términos, este derecho debe verse desde los dos ángulos, ya sea simplemente externar la opinión en un asunto de especial interés para la PME, en la cual debe cumplirse el requisito de que sea un proceso que la afecte y que la PME exprese su opinión (defensa material), y el segundo, cuando la PME por sí misma ejerce el derecho actuando como sujeto procesal en defensa de su derecho, sin la representación de sus padres o encargados.

En este último caso, se requiere del patrocinio letrado. Ahí es donde se debe garantizar que la PME tenga acceso sin dificultad a la justicia, y que para garantizar la efectividad del derecho, el Estado facilite un abogado o una abogada, pues debe haber garantía del debido proceso legal en todas las etapas del procedimiento y en todas sus instancias (defensa técnica). Debe ser una persona defensora con conocimiento de la materia de niñez, pues debe garantizarse un trato personalizado y acorde con las particulares características de la PME, de persona en desarrollo y ello se consigue con la especialización.

El acceso a la justicia como garantía de tutela de los derechos de las personas menores de edad

El acceso a la justicia es la posibilidad que tiene el sujeto titular de derechos y obligaciones de accionar ante el aparato jurisdiccional, y entablar una demanda, además de lograr su participación en todas las etapas del proceso, lo que implica no solo el derecho de audiencia, sino también estar presente en todas las etapas, ofrecer prueba, formular recursos, hasta la obtención de un fallo y que este sea ejecutado.

No basta con acceder a la justicia, es decir, con plantear una acción o contestarla. Es necesario para una garantía efectiva de tutela a los derechos de las personas menores de edad que han sufrido una vulneración de sus derechos, poder llegar hasta las últimas consecuencias, para la restitución de su derecho. Esto implica la etapa de ejecución de sentencia.

En un Estado democrático como el nuestro, la justicia es un servicio público, por ende, debe garantizarse el acceso a todas las personas por igual. Esto incluye a las PME, quienes también son titulares de derechos y obligaciones, por lo que no se les puede excluir en razón de su minoridad, o por su condición de pobreza.

Por ello, tal y como lo señala el autor nacional Robert Camacho: *Cuando se firma una convención o un pacto internacional de Derechos Humanos, los Estados se obligan a reconocer, respetar, proteger y realizar los derechos de ese instrumento.*

El acceso a la justicia y al debido proceso, constituyen derechos fundamentales para todas y todos los seres humanos y se visualiza además como un indicador de ciudadanía efectiva y un bien o servicio público del que deben gozar todas y todos los seres humanos, sin discriminación alguna. (Camacho, R, 2008, 174).

Lo anterior implica que, a partir de lo que nuestra Constitución Política, en su artículo 41, la Convención Sobre los Derechos de los Niños y la disposición del artículo 7 del Código de Familia señalan que el Estado costarricense tiene la obligación de suministrar patrocinio letrado a todas aquellas personas menores de edad que no tengan los medios económicos suficientes, para pagar un abogado que le plantee una acción en los Tribunales de Justicia.

El Estado costarricense está en deuda con las personas menores de edad de escasos recursos, y en general con las PME, por cuanto la norma precitada no ha tenido ningún desarrollo ni se aplica, como tampoco el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, en lo que corresponde a la participación directa de la PME, con discernimiento, para ser sujeto procesal y plantear un proceso judicial en forma autónoma sin la representación de sus padres o encargados. **Participación de la persona menor de edad en el derecho comparado**

Sobre el tema, las autoras argentinas Famá y Herrera señalan:

[...] el reconocimiento del carácter de parte a un niño o adolescente será reservado para aquellos casos en que se discutan de manera directa e inmediata cuestiones atinentes a su persona y existan intereses contrapuestos entre el niño y sus representantes: así pues, en un juicio donde se cuestione su custodia o el régimen de comunicación con el progenitor no conviviente u algún otro familiar, un proceso de violencia familiar en que el niño sea víctima, un proceso de protección especial a la luz del dictado de medidas excepcionales” (Famá, M y Herrera, M, 2008,190).

Para que la PME tenga el derecho de participar en los procesos familiares, debe haber una afectación a un derecho propio, personalísimo, y el niño, la niña, el y la adolescente deben querer ejercer el derecho. Además, debe existir un interés contrapuesto con el de los padres o personas representantes. Una vez que la PME haya decidido actuar, deben respetarse todas las garantías del debido proceso, y el o la menor podrá utilizar todas las herramientas que la ley pone a su alcance para la presentación de la mejor forma posible de su pretensión.

Le corresponde a la persona juzgadora, como juez o jueza de garantías, velar por el equilibrio procesal, y ante una eventual desigualdad, debe disponer las medidas afirmativas que sean necesarias para garantizar la efectividad del derecho a la parte más vulnerable, lo cual indudablemente es la PME.

El abogado del niño

Esta es una figura jurídica que se regula en la Ley argentina 26 061. Se trata de un abogado que actúa como patrocinante del niño, quien se ubica en el grupo etáreo entre los 14 y los 21 años. Se parte del supuesto de hecho de que de acuerdo con su capacidad progresiva, el niño cuenta con el grado de madurez necesario para decidir por sí mismo. Este profesional va a defender la tesis del menor y sus intereses en el proceso, partiendo de que la persona menor de edad tiene un juicio claro y madurez para formular una pretensión. (Famá, M y Herrera, M, 2008).

La propuesta de España

En España, a partir de la Constitución Española de 1978, se revaloriza a la persona menor de edad en su calidad de persona, y desde la Constitución Política, ascienden al plano jurídico nuevos valores ideológicos y ético-sociales. Así la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, la protección integral de los hijos y la afirmación de que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 C.E) han hecho que se deban desarrollar estos valores y principios en la legislación interna. (Rivero, Francisco, 2007, p. 38).

Se ha creado la figura del defensor del menor, por medio de la Ley 5 de 1996, del 8 de julio, la cual se crea con funciones y competencias similares a las que les corresponden a los defensores del pueblo, solo que circunscritas a la tutela y garantía no jurisdiccional de los derechos fundamentales de los menores. (Alaéz, Benito, 2003, p. 318).

Esta figura procesal se crea para los menores mientras carezcan de capacidad procesal plena.

La experiencia de Canadá

Canadá tiene una fuerte tradición en lo que respecta al derecho del niño de expresar sus opiniones en los procedimientos judiciales que lo afecten y el derecho a la representación por un abogado. Particularmente interesante es el caso de Québec.

Basta con que la persona menor de edad tenga madurez suficiente y el deseo de participar por sí misma en un proceso para que se le permita hacerlo. Para ello debe dársele todas las garantías del debido proceso, incluido un profesional en Derecho que defienda el punto de vista de la persona menor de edad.

Un niño que esté suficientemente dotado de discernimiento como para ejercer un derecho de acción independiente tiene el derecho a la representación por un abogado de la misma manera que un adulto. Un extracto de un reciente fallo de la Corte de Apelaciones merece ser citado:

*Si un niño es suficientemente maduro para expresarse sobre un tema de vital importancia como la custodia o el acceso de sus padres, entonces él tiene el derecho a ser oído en esta cuestión y su derecho fundamental debe respetársele. Este papel no es diferente, si el niño ha nombrado por sí mismo el abogado o la abogada o si ha sido nombrado por el tribunal, donde el niño es considerado lo suficientemente maduro. (Goubau, Dominique. 2000, pp. 417-421). **La***

experiencia de Francia

En Francia, la ley del 8 de enero de 1993 regula la designación de un administrador ad hoc encargado de representar al niño en todo procedimiento donde los intereses de éste « aparecen en oposición con los de sus representantes legales (artículo 3882 C.C.) Por otra parte, en materia de asistencia educativa y, en particular, en caso de peligro, el propio niño puede consultar al juez de los niños. Puede también elegir hacerse asistir gratuitamente por un abogado, encargado de « llevar su proceso» y de apoyar sus intereses, gracias al cual puede también tener acceso al conocimiento de su expediente. El niño puede llevar en juicio los desacuerdos educativos en que se oponen sus padres. Por otra parte, la cuestión de la aplicabilidad directa del CIDE por los tribunales es fuente también de vivas

divisiones en jurisprudencia y en doctrina. (Meulders, M.2005, p. 325).

Es importante destacar que el niño o la niña puede acudir ante el juez con total naturalidad. Así debe ser en un Estado democrático y garante de los derechos humanos de las personas, especialmente de las más vulnerables, como ocurre con las PME.

La participación de las personas menores de edad en el anteproyecto de la Ley Procesal Familiar

La importancia del anteproyecto de la Ley Procesal Familiar consiste en que promueve una visión de derechos humanos y resulta congruente con los tratados y convenios internacionales de protección a los derechos de las PME, en cuenta la Convención Sobre los Derechos de los Niños que garantiza tanto el derecho humano de ser oído a toda persona menor de edad, en los procesos administrativos y judiciales que la afecten directamente, así como el derecho de acceso a la justicia.

La Constitución Política de Costa Rica garantiza tanto la protección de los grupos más vulnerables de la sociedad, dentro de los cuales los niños y las niñas están incluidos, así como el acceso a la justicia, en sus artículos 51 y 41. Por tanto, si se aprueba esta ley u otra similar que tenga como eje medular una visión de derechos humanos, se habrá avanzado en materia de protección a los derechos de los niños y las niñas.

En tal sentido, distinguidos profesionales entrevistados en relación con la participación que promueve el anteproyecto de la Ley Procesal Familiar para las PME manifestaron:

La relevancia de la participación de las PME, consiste en que se aplica la Convención de los Derechos de los Niños, “hace realidad el principio constitucional del acceso a la justicia del artículo 41”; [...] en la protección y actualización de sus derechos como seres humanos en desarrollo”, “su rol será acorde con su edad y grado de madurez, conlleva el derecho al debido proceso y el derecho de acción³.

Cuando se habla de participación desde el punto de vista que nos interesa, ciertamente la idea es la participación en todo el procedimiento con todas las garantías procesales, en forma amplia. Puede ser tanto al derecho de ser escuchado (defensa material) como en cuanto a la defensa técnica que implica que la PME le pueda dar instrucciones a su abogado para que defienda sus intereses dentro del proceso. Y se requiere para ello que la PME tenga madurez suficiente para tener un juicio propio.

En este último supuesto, se trata de la participación que tiene una persona que goza de todos sus derechos civiles, la participación en el acceso a la justicia con todas las garantías, participando activamente en todas las etapas del proceso.

Al respecto, las autoras argentinas ya citadas, nos plantean:

¿Significa necesariamente que el niño debe actuar en carácter de parte en todo proceso en que de algún modo se vean afectados sus intereses? [...] Luego señalan: “En efecto, el reconocimiento del carácter de parte a un niño o adolescente será reservado para aquellos casos en que se discutan de manera directa e inmediata cuestiones atinentes a su persona y existan intereses contrapuestos entre el niño y sus representantes; así pues, en un juicio donde se cuestione su custodia o el régimen de comunicación con el progenitor no conviviente u algún otro familiar, un proceso de violencia familiar en donde el niño sea víctima, un proceso de protección especial a la luz del dictado de medidas excepcionales, etc. (Famá, M y Herrera, M 2008, p.189).

Es decir, se trata de la participación de la persona menor de edad, de acuerdo con su capacidad progresiva en el proceso en forma directa, ejerciendo la titularidad del derecho en pleno, en aquellos procesos que le conciernan y cuando hay intereses contrapuestos con los de sus padres o representantes.

Capacidad y representación

Al entrar a analizar el articulado de la Ley Procesal Familiar, en el tema que es de interés, sobre la participación de la persona menor de edad en los procesos familiares, tenemos que el artículo 60 del anteproyecto regula:

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

De la norma anterior se extrae que según lo previsto en este proyecto de ley procesal, toda persona física tiene en principio capacidad para ser parte en un proceso, salvo norma en contrario, si es la limitación, tendría que ser impuesta por ley. Y aquellas que no cuenten con capacidad procesal actuarán por medio de representante.

De igual forma, el artículo 61 regula la representación de las personas menores de edad y las personas con discapacidad y dispone:

Se reconoce a todas las personas menores de edad el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad volitiva, conforme a la ley y bajo la apreciación del (a) juzgador (a); teniendo derecho de acudir personalmente ante un tribunal y a que se les atienda en forma personalizada y conforme a sus características etarias, debiendo todos (as) los (as) funcionarios (as) de los juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia, Violencia Doméstica y Pensiones Alimentarias, u otros de la materia familiar velar por la efectivización de los derechos de las personas menores de edad.

En otras palabras, en el anteproyecto, se otorga a todas las personas menores de edad la posibilidad de accionar como parte en un proceso judicial, conforme a su capacidad progresiva, para el ejercicio de sus derechos. Lo anterior implica que en principio a todas las personas menores de edad se les reconoce el derecho de accionar por sí mismas en un proceso judicial, solamente que lo pueden hacer cuando cuenten con la madurez suficiente conforme a su capacidad progresiva. A *contrario sensu*, mientras no cuenten con esta madurez, serán sus representantes legales, ya sean sus progenitores o encargados, quienes los representen.

En una forma más específica, se regula en el artículo 62:

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

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

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

En ambos casos el Estado garantizará la asistencia y representación judicial gratuita a los (as) y adolescentes que carezcan de medios económicos suficientes.

Este artículo pone de manifiesto cómo se reconoce la capacidad procesal a todas las personas menores de edad; pero mayores de doce años, quienes podrán actuar por sí mismas en los procesos o por medio de representante. Y tratándose de menores de doce años, se deberá contar con un informe psicológico que acredite que la PME tiene capacidad para el ejercicio de esa acción por sí misma.

En relación con la norma anterior, se estima que el parámetro para permitir la participación de las personas menores de edad en los procesos familiares debe ser únicamente el grado de madurez que estas tengan. El parámetro de doce años como edad para dar titularidad a las PME para que ejerzan por sí mismas su derecho de accionar judicialmente no debería existir, pues doce años no equivalen a madurez o no en todos los casos, si se mantiene esta norma, podría dejar en indefensión a las personas de más de doce años que no tienen madurez suficiente para ese acto, por cuanto, así como hay PME que maduran anticipadamente, hay otras que no.

Al establecer esta edad, si se dispone que para las personas menores de esa edad el límite es un dictamen psicológico que determine que cuenta con la madurez suficiente para tener un criterio propio y ser parte procesal sería abrir un portillo muy peligroso, pues es un aspecto que en principio corresponde decidir al juzgador o a la juzgadora, y por otra parte, podría propiciarse que se abuse de esa posibilidad y se intente definir siempre mediante un dictamen psicológico.

Lo único que debería ser tomado en cuenta para definir el tipo de participación que una PME puede tener es la capacidad progresiva, y la persona juzgadora debe valorarla en el caso concreto, mediante una entrevista con la persona menor de edad y, solo en caso de duda, debe solicitar el peritaje psicológico por la vía de la excepción.

La Convención sobre los Derechos de los Niños no establece una edad específica para que se escuche al menor, sino que únicamente apunta que el menor debe tener “suficiente juicio”, pero para autores como Sancho Rebullida dicha expresión provoca inseguridad jurídica, pues la considera de difícil apreciación. Al respecto comenta Ortega Llorca que “suficiencia de juicio” al no decir el legislador lo que debe entenderse por tal debe quedar al arbitrio judicial y que razonablemente se podrá aplicar al hijo que, habiendo alcanzado la madurez necesaria para conocer la realidad, sea capaz de opinar sobre la situación familiar y transmitir su criterio sobre lo que él entienda que le conviene [...]. (Picado, A., 2002).

La doctrina de las capacidades evolutivas de la persona menor de edad hace innecesario fijar una edad en la cual deba dárseles participación directa a las personas menores de edad, a quienes les afecte una decisión judicial, puesto que no todas las personas son iguales ni tienen el mismo grado de madurez.

Por ser un proceso dinámico y diferente para cada persona, le corresponde a la persona juzgadora determinar de qué forma le da participación en el proceso a la PME, en el caso concreto y conforme a criterios de razonabilidad, en aplicación a las normas de la sana crítica y conforme a todas las circunstancias que los autos suministren, según lo que el artículo 8 del Código de Familia regula.

Picado, Ana María, citando a Salanova Villanueva, señala sobre la participación del menor:

los deseos y sentimientos del mismo deben ser tenidos en cuenta siempre que sea capaz de expresarlos, valorándose su razonabilidad en función no solo de su edad y madurez, sino del conjunto de circunstancias que lo rodean; no siendo la edad un factor decisivo en todos los casos. (Picado, A., 2002).

En términos generales, podría señalarse que conforme la persona menor de edad va adquiriendo mayor autonomía, la potestad o autoridad de los padres es cada vez menor. Lo anterior implica que cuanto más madurez o autonomía tenga una persona, menos se van a ejercer en ella los atributos de la autoridad parental. Les corresponde a los padres o encargados preparar a sus hijos e hijas para el ejercicio de su autonomía con responsabilidad. Por consiguiente, cuanto más maduro es un joven o adolescente, su opinión debe ser tomada en cuenta y se debe darle validez.

Por otra parte, el artículo 63 del anteproyecto de la Ley Procesal Familiar regula las garantías Mínimas del Procedimiento, contempladas en la Constitución Política, la Convención Sobre los Derechos de los Niños y demás tratados internacionales, y respeta *especialmente los siguientes derechos y garantías:*

- 1.- A ser oído (a) ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la persona menor de edad.*
- 2.- A que su opinión sea valorada para tomar una decisión en el asunto.*
- 3.- A ser asistido (a) por un (a) letrado (a) preferentemente especializado (a) en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo, incluso cuando se trata de representación por parte del Patronato Nacional de la Infancia. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado deberá asignarle de oficio un (a) letrado (a) especializado (a) que lo (a) patrocine.*

4.- A participar activamente en el procedimiento.

5.- A recurrir en los casos que proceda según este Código u otras leyes de la materia.-

Esta norma regula las garantías mínimas y específicas del procedimiento en el que se discute un asunto donde está presente el interés de una persona menor de edad. Se destaca la obligación del Estado de facilitar el patrocinio letrado, lo contrario sería limitar el acceso a la justicia.

La participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales es la forma en que verdaderamente se pondría en práctica la doctrina de la protección integral, pues es aquí donde se puede corroborar que se le tiene como sujeto de derechos y obligaciones, y que conforme a su capacidad progresiva, se le reconoce la titularidad para ejercerlos cuando la persona menor de edad así lo quiera.

A partir de los cambios que se han introducido con la doctrina de los derechos humanos:

se debe adecuar el acceso a la justicia para las personas menores de edad, acorde con la doctrina de la protección integral, que desarrolla la Convención sobre los Derechos del Niño, dotándoles de capacidad procesal en los actos relativos a derechos de la personalidad [...] siempre y cuando haya alcanzado el grado de madurez suficiente que les permita desenvolverse en un proceso judicial. (Chacón M, 2008, p. 255).

El anteproyecto de la Ley Procesal Familiar propone la defensa y el acceso a la justicia de una persona menor de edad mediante dos posibilidades: por medio del Ministerio Fiscal o del defensor de la persona menor. La autoridad jurisdiccional nombra al defensor, y en cuanto al Ministerio Fiscal, por ley le corresponde intervenir, si se trata de personas vulnerables. Es justo que estas personas se visibilicen, sean oídas y puedan así ser partícipes y constructoras de su propia historia, al fin y al cabo, son sus derechos los que están en juego.

Conclusiones

Las PME son titulares de derechos y obligaciones, merecen un trato digno a su condición de personas en desarrollo, tienen derecho de ser oídas en los procesos judiciales que las afecten y poder acceder a la justicia, cuando deseen hacerlo por sí mismas y no solo por medio de sus representantes. Correlativamente, el Estado tiene el deber de suministrar a una abogada o un abogado especializado en niñez y adolescencia para que las asista, como garantía del ejercicio pleno de su derecho.

El interés superior de la PME es el eje central que mueve toda la normativa en materia de niñez y, ligado a ese principio fundamental, se halla el de la capacidad progresiva de la persona, como eje rector que faculta la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales como titulares del derecho.

Los cambios que la Convención de los Derechos de los Niños promueve comienzan a implementarse en Costa Rica, ya entrados los años noventa, y estos cambios aún están en proceso, pues por persistir aún una visión adulto-céntrica que considera a las PME incapaces de ese ejercicio, no siempre se aplica la premisa básica que la CDN promueve, en su artículo 12, al señalar que las PME son titulares de derechos y obligaciones, y tienen el derecho de ser oídas por la autoridad que va a tomar una decisión que las afecte, cuando tengan la madurez suficiente, o de ejercer personalmente ese derecho mediante el ejercicio de la acción procesal.

Si se parte de que el acceso a la justicia es la garantía esencial para hacer valer un derecho, y si la protección de los derechos de la niñez es uno de los compromisos contraídos por el Estado costarricense al suscribir la Convención Sobre los Derechos de los Niños, debe comenzarse por salvaguardar la garantía, es decir, hacer una realidad el acceso a la justicia para las personas menores de edad, pues de ello depende que se pueda hacer valer el resto de sus derechos.

El patrocinio letrado para las PME, en forma gratuita, asumida por el Estado, sería una medida afirmativa para equilibrar la diferencia existente entre las PME y los adultos.

El Estado costarricense está en deuda con las personas menores de edad, pues si contrajo las obligaciones que la Convención sobre los Derechos de los Niños contempla, y si además el artículo 7 del Código de Familia establece que el Estado suministrará el patrocinio letrado gratuito a las personas que no estén en condiciones de pagar un abogado, no hay excusa para no otorgar esta garantía a las PME, en aras de que se respeten sus derechos.

La aplicación de la doctrina de la protección integral que introduce la Convención Sobre los Derechos de los Niños implica que deben hacerse cambios en la legislación interna para garantizar la efectividad del cumplimiento de los derechos de los niños y las niñas, estando entre ellos el acceso a la justicia que conlleva las garantías del debido proceso y el patrocinio letrado gratuito para las PME. **Bibliografía**

Baratta, Alessandro. (2001). Infancia y democracia. Citado por Gil Domínguez Andrés y otros. (2006). **Derecho Constitucional de Familia**. Tomo I. Argentina: Ediar.

Benavides, Santos Diego. (2002). Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño. En **Código de la Niñez y Adolescencia**. San José, C.R.: Editorial Juritexto.

Camacho Vargas, Robert. (2008). **La obligatoriedad del Estado de proporcionar patrocinio letrado gratuito para acceder a la Jurisdicción de Familia.** En Derecho Procesal de Familia. San José. C.R.: Editorial Jurídica Continental.

Cillero Bruñol, Miguel. (2001). **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.** En: Antología de Derechos de la Niñez y Adolescencia. C.R.: CONAMAJ, Escuela Judicial, Unicef.

Chacón Jiménez Mauricio. (2008). **La capacidad procesal en el proceso de familia.** En: Revista de Derecho Procesal de Familia, tras la Premisa de su teoría general. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Famá Ma Victoria y Herrera Marisa. (2008). **Participación de los niños y adolescentes en el derecho procesal de familia.** En: Derecho procesal de familia, tras las premisas de su teoría general. C.R.: Editorial Jurídica continental.

García Méndez, Emilio. (2001). **Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias.** En: Derechos de la niñez y la adolescencia, Antología. San José, Costa Rica: Conamaj, Escuela Judicial, Unicef.

Goubau, Dominique. 2000. **Question de Droit Judiciaire en matiers familiares au Canada.** En [www. Bibliojuridica.org/libros/4/1652/21.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/21.pdf)

Grosman, Cecilia. (2006). **Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño.** Buenos Aires, Argentina.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. (1994). **Derecho privado en la reforma constitucional.** El derecho constitucional del menor a ser oído. Argentina: Rubinzabal Culzoni Editores.

Meulders, Marie terréese. **Les Procedures Familiales en pays de “civil law”.** En www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/19.pdf. Material utilizado en el Taller de Derecho Procesal de Familia I, profesor Diego Benavides.

O’ Doncel, Daniel. (2001). **La Convención de los Derechos del Niño: estructura y contenido.** En: Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas públicas en América Latina. Caracas.

Picado Brenes, Ana María. (2002). **Capacidad procesal y garantías procesales de las personas menores de edad.** Ponencia en el Congreso de Familia, Cuba, 2002. Antología de derecho de familia, curso de la U.C.R.

Rivero Hernández, Francisco. (2007). **El interés superior del menor.** Madrid: Dykinson.