



San José, 29 de octubre del 2018  
DH-DNA-MU-N°0910-2018

Licenciada Ana Julia Araya Alfaro  
Jefa de Área  
Área de Comisiones Legislativas II  
Fax 2243-2429  
Correo electrónico  
[COMISION-SOCIALES@asamblea.go.cr](mailto:COMISION-SOCIALES@asamblea.go.cr)

Estimados señores y señoras:

Aprovecho la presente para saludarles cordialmente y a la vez manifestarles que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes mediante el oficio AL-CPJN-034-2018, del 11 de setiembre de 2018, sobre el Proyecto de Ley "**MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 35, 56, 60, 141, 151 Y 152 DEL CÓDIGO DE FAMILIA, LEY N° 5476 DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1973 Y SUS REFORMAS, Y EL ARTÍCULO 35 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, LEY N° 7739 DEL 6 DE ENERO DE 1998 Y SUS REFORMAS, RÉGIMEN DE INTERRELACIÓN FAMILIAR**", expediente legislativo N° 20.833, me refiero en los siguientes términos:

Al respecto, la Defensoría de los Habitantes en este momento no encuentra objeción con la eventual aprobación del proyecto de ley en los términos consultados. No obstante lo anterior, hay aspectos de forma que sería oportuno rescatar, particularmente se estima importante no utilizar el concepto "menor" sino niño, niña, adolescente o persona menor de edad en el articulado, ni tampoco utilizar el concepto "autoridad parental" dado que el concepto que existe en el Código Procesal de Familia es "responsabilidad parental". Por otro lado, la Defensoría extraerá de los artículos propuestos algunos aspectos de forma:

ARTÍCULO 1- Modifíquense los artículos 35, 56, 60, 141, 151 y 152 del Código de Familia, Ley N.º 5476, de 21 de diciembre de 1973, y sus reformas, los cuales en adelante se leerán de la siguiente manera:

*"Artículo 56- Al declarar el divorcio o la separación judicial, el Tribunal determinará lo correspondiente a la guarda, crianza y educación de los hijos menores de edad, tomando en cuenta el acuerdo, aptitudes y capacidades de ambos padres."*

Se sugiere valorar la oportunidad para tomar en cuenta la opinión de la persona menor de edad en esa etapa del proceso. Con respecto a las "aptitudes y capacidades" de la madre y el padre, se considera necesario indicar que los términos podrían calificar como indeterminados en razón de que sin criterios objetivos, la valoración podría llevar a basar las decisiones en estereotipos sobre lo que "debe ser" una madre o un padre. En igual sentido, debe señalarse que "capacidad" es un término

jurídico relativo a la capacidad legal de actuar y representar. De no existir "capacidad" de parte de alguna de las partes el problema se resuelve en el tercer párrafo de la reforma propuesta, pero en materia de "aptitudes" no se generan elementos en la norma para que pueda realizarse una valoración que contemple los derechos de la madre o el padre y evidentemente, de los niños, niñas y adolescentes.

*"Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una persona idónea de su círculo familiar y afectivo o, en su defecto, a una institución especializada, quienes asumirán las funciones de tutor. El Tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones familiares entre padres e hijos, procurando no separar a los hermanos, de conformidad con los artículos 152 de este Código y 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N.º 7739."*

En cuanto al concepto de "institución especializada", se considera importante que sea más específico y que se indique que el caso será referido al Patronato Nacional de la Infancia que asumiría las funciones de protección conforme a sus competencias constitucionales.

*....Lo resuelto conforme a las disposiciones de este artículo no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias".*

Además del concepto de "conveniencia de los hijos", podría considerarse agregar a las hijas, o bien el concepto único de persona menor de edad y que no sólo sea por la "conveniencia" sino en el marco del interés superior del niño.

*Artículo 60- ....El convenio no podrá surtir efecto para su homologación si no es presentado ante el despacho judicial antes de los tres meses posteriores a su celebración notarial.*

Se estima que el plazo de tres meses es muy amplio para la presentación del acuerdo con el fin de su homologación. Igualmente surge una duda respecto de si la persona notaria pública no presenta el convenio, cuál sería la naturaleza del mismo si no es homologado.

*"El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los hijos menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada en un plazo quince días hábiles. El Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso u confuso en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación".*

La resolución es "considerada" o "fundamentada". Si se guarda coherencia con el Código Procesal de Familia debe ser "fundamentada".

*Artículo 151- ....Los padres ejercerán, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre sus hijas e hijos habidos en el matrimonio y unión de hecho. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos, y mediante el procedimiento resolutivo familiar establecido en el Código Procesal de Familia, el Tribunal decidirá oportunamente. Se deberá resolver tomando en cuenta el interés superior del menor de edad.*

Se menciona la "autoridad parental" cuando es "responsabilidad parental". Es importante considerar, que de ser posible, se escuchará a la persona menor de edad, o se considerará su opinión.

*Artículo 152- .....En caso de divorcio y separación por mutuo consentimiento el pacto no valdrá mientras el Tribunal no se pronuncie sobre la aprobación de la separación en resolución considerada en un plazo quince días hábiles. La autoridad judicial podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso u confuso en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación, deberá en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos e intervendrá si no hay acuerdo entre las partes.*

Presenta una redacción que no es clara.

ARTÍCULO 2- Modifíquese el artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N.º 7739, de 6 de enero de 1998, y sus reformas, para que en adelante se lea así:

*Artículo 35- .....La negativa del menor a mantener contacto, visitas y comunicación deberá ser considerada y obligará a quien tenga su custodia a solicitar a la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia que investigue y brinde la atención psicosocial necesaria.*

La negativa de la persona menor de edad de mantener contacto, visitas y comunicación puede ser una situación muy personal y/o voluntaria. La Defensoría estima importante que si hay una negativa de la persona menor de edad y que de las manifestaciones de ésta se desprenda la existencia de factores de riesgo, entonces sí podría haber una referencia para la atención psicosocial en el Patronato Nacional de la Infancia. Si fuera en "todas" las ocasiones en que la persona menor de edad se opone a mantener contacto, sería revictimizante si está ayuno de una sospecha o una razón de fondo.

*....Lo resuelto conforme a las disposiciones de este artículo no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos menores de edad o por un cambio de circunstancias.*

Igual que en el artículo en el cual se menciona "conveniencia", se estima importante agregar en el interés superior de la persona menor de edad.

Agradecido por la deferencia consultiva,

  
Juan Manuel Cordero González  
Defensor de los Habitantes en funciones

