



DEPARTAMENTO ESTUDIOS, REFERENCIAS Y SERVICIOS TÉCNICOS

AL-DEST- IIN -084-2019

INFORME DE: PROYECTO DE LEY

“LEY PARA REGULAR LA CRIANZA COMPARTIDA”

EXPEDIENTE Nº 21.227

INFORME INTEGRADO

Elaborado por:

**KATTYA DELGADO MADRIGAL
ANNETTE ZELEDÓN FALLAS
Asesoras Parlamentarias**

Supervisado por:

**BERNAL ARIAS RAMÍREZ
GASTÓN VARGAS ROJAS
Jefes de Área**

Revisión final y autorización

**FERNANDO CAMPOS MARTÍNEZ
Director a.i.**

4 DE NOVIEMBRE DE 2019

TABLA DE CONTENIDO

I. RESUMEN DEL PROYECTO	3
II. MONOPARENTALIDAD	4
III. SINDROME DE ALIENACION PARENTAL	9
3.1. Consecuencias de la Alienación Parental	15
3.2. Niveles de intensidad en el rechazo	15
3.3. El papel del profesional en la exploración del SAP	16
IV. PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA: PROTOCOLOS DE INTERVENCION	19
4.1. Conflicto por la Guarda, Crianza y Educación de los Hijos	20
4.2. Conflicto por el Régimen de Visitas.....	22
V. ASPECTOS GENERALES DE CARÁCTER JURÍDICO	24
VI. ANÁLISIS DEL ARTICULADO	28
Artículo 1-	29
Artículo 2-	31
Artículo 3-	33
Artículo 4-	35
Artículo 5-	35
Artículo 6-	36
Artículo 7-	36
Artículo 8-	37
Artículo 9-	39
Artículo 10-	41
Artículo 11-	43
Artículo 12, que reforma el artículo 159 del Código de Familia, Ley N° 5476 ..	43
VII. ASPECTOS DE TECNICA LEGISLATIVA	48
VIII. ASPECTOS DE TRÁMITE	48
Votación.....	48
Delegación	49
Consultas	49
Preceptivas	49
Facultativas	49
IX. ANTECEDENTES	50



ASAMBLEA LEGISLATIVA

de la República de Costa Rica

AL-DEST- IIN -084-2019
INFORME INTEGRADO¹

LEY PARA REGULAR LA CRIANZA COMPARTIDA

EXPEDIENTE Nº 21.227

I. RESUMEN DEL PROYECTO

La presente iniciativa de ley propone la creación de una nueva legislación en la que se regula la crianza compartida de los menores de edad, y su derecho de vincularse cotidianamente con sus familiares ascendientes y otros familiares, estableciéndose un instrumento legal que permita el desarrollo de una paternidad y maternidad responsable, activa y comprometida.

Para estos efectos, los jueces de familia serán los encargados de llevar a cabo el estudio y definición de estos asuntos, competencias de todos modos ya dadas por la legislación vigente.

Según la Exposición de Motivos de la iniciativa de ley, las razones por las cuales se considera necesaria la presentación de esta iniciativa pueden ser contempladas en el siguiente párrafo:

A pesar de que formalmente no existe una normativa, en específico, que obligue a nuestros tribunales en el orden de que, como regla, con posterioridad a la disolución del matrimonio dispongan que la patria potestad deba quedar compartida entre los dos excónyuges, pero que le reconozca siempre a la madre de los hijos menores su guarda, crianza y educación, lo cierto es que tal estado de cosas no se ajusta a la necesidad de que los hijos menores tengan la oportunidad de crecer y compartir con sus dos progenitores en condiciones de igualdad.

Otra idea que se halla en la justificación se relaciona con el principio supremo de atención de los intereses de las personas menores de edad, en ese sentido, propone que la nueva organización familiar contemple la relación de los hijos con ambos padres equitativamente, que ambos tengan la oportunidad de vincularse con estos, en condiciones de igualdad en lo que respecta al tiempo de convivencia con sus hijos y que ellos tengan acceso ilimitado, frecuente y significativo con ambos progenitores y sus respectivas familias, todo ello lejos de lo que se conoce como violencia parental.

¹ Elaborado por la **MSc. Kattya Delgado Madrigal** y la **Licda. Annette Zeledón Fallas**, Asesoras Parlamentarias, supervisado por el **MSc. Gastón Vargas Rojas** y el **Dr. Bernal Arias Ramírez**, Jefes de Área Socioambiental y Jurídico-Social; revisión y autorización final, a cargo del **MSc. Fernando Campos Martínez**, Director a.i., Departamento de Servicios Técnicos, Asamblea Legislativa.

El proponente asume que el ordenamiento jurídico privilegie la crianza compartida, de modo que el juez la deba sugerir o aplicar como regla de principio, salvo que concurren determinadas circunstancias que objetivamente lleven a concluir que el menor o los menores estarán mejor viviendo con uno solo de sus padres.

Entonces, la iniciativa pretende, según se señala, que los menores de edad desarrollen lazos de afectividad con ambos progenitores y se elimine la situación en la que se privilegia el derecho de las madres.

Además, una de las pretensiones es la reforma del artículo 159, en donde se plantea la incorporación de un nuevo inciso 7, del Código de Familia, Ley N° 5476, del 21 de diciembre de 1973. Dicho inciso suspendería la patria potestad o su modificación, y en lugar de adicionar un presupuesto más o los otros existentes, agrega en un solo inciso tres distintos, uno de ellos los actos de violencia de uno de los progenitores en perjuicio del otro mientras subsista el régimen de crianza compartida, una posibilidad no contemplada aún por nuestra legislación, pero eso lo veremos en el abordaje de análisis, más adelante.

La iniciativa cuenta con doce artículos –ley nueva sin afectación al Código-, y la referida reforma a uno de los artículos de la citada Ley 5476.

II. MONOPARENTALIDAD

Aquí mencionaremos temas de la atención integral de la persona menor de edad en un proceso de separación de sus progenitores: la monoparentalidad y el Síndrome de Alienación Parental.

La monoparentalidad ha sido definida como *“aquella situación de convivencia en la que un único progenitor, normalmente la madre, asume en solitario el cuidado de sus hijos/as por motivos tan diversos como la viudedad o la ruptura conyugal”*². Considerando que la iniciativa legislativa no define en su contenido lo que se entiende por monoparentalidad se presentan las siguientes definiciones incorporadas en la legislación española³:

Ley Estatal	
Disposición	Definición
Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las	«...la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia»

² Avilés Hernández M (2015). ¿Qué es la «monoparentalidad»? Una revisión crítica de su conceptualización en materia de política social. Cuadernos de Trabajo Social, Universidad de Murcia.

³ Ibid.

Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción (BOE núm. 275, de 16 de noviembre de 2007, p. 46.990).	
Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2008, p. 51.935).	«...la constituida por el padre o la madre y el o los hijos».
Leyes Autonómicas	
Ley 18/2003, de 4 de julio, de Apoyo a las Familias (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2003, p. 30.700) (Cataluña).	«...una familia con niños menores que conviven en la misma y que dependen económicamente de una sola persona».
Ley 12/2006, de 27 de diciembre, sobre fiscalidad complementaria del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2007, p. 2.165) (Andalucía).	«...la formada por la madre o el padre y todos los hijos que convivan con uno u otro y que reúnan los siguientes requisitos: a) Hijos menores de edad, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos. b) Hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada»
Ley 1/2007, de 7 de marzo, de Medidas de Apoyo a las Familias de la Comunidad de Castilla y León (BOE núm. 76, de 29 de marzo de 2007, p. 13.658) (Castilla y León).	«...las unidades familiares con hijos menores, o mayores de edad en situación de dependencia, que se encuentren a cargo de un único responsable familiar».
Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social (BOE núm. 242, de 7 de octubre de 2011, p. 10.5505) (País Vasco).	«...las constituidas por la madre o el padre con uno o varios hijos o hijas a su cargo y sin relación conyugal o análoga en el momento de solicitud de la presentación».
Ley 6/2008, de 30 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Tributarias de acompañamiento a los presupuestos Generales para 2009 (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2009, p. 27.754) (Principado de Asturias).	«...contribuyente que tenga a su cargo descendientes, siempre que no conviva con cualquier otra persona ajena a los citados descendientes, salvo que se trate de ascendientes (...). Se considerarán descendientes a los efectos de la presente deducción: a) Los hijos menores de edad, tanto por relación de paternidad como de adopción, siempre que convivan con el contribuyente y no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros. b) Los hijos mayores de edad discapacitados, tanto por relación de paternidad como de adopción, siempre que convivan con el contribuyente y no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros. c) Los descendientes a que se refieren los apartados a) y b) anteriores que, sin convivir con el contribuyente, dependen económicamente de él y estén internados en centros especializados. Se asimilarán a descendientes aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento (...).»
Ley 19/2010, de 28 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas de la Comunidad	«...la madre o el padre y los hijos que convivan con una u otro y que reúnan alguno de los

Autónoma de Extremadura (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2011, p. 7.021) (Extremadura).	siguientes requisitos: a) Los hijos menores de edad con excepción de los menores emancipados. b) Hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada».
Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011, p. 86.821) (Galicia).	«...núcleo familiar compuesto por un único progenitor o progenitora que no conviva con otra persona con la que mantenga una relación análoga a la conyugal y los hijos o hijas menores a su cargo, siempre que el otro progenitor o progenitora no contribuya económicamente a su sustento. A estos efectos, tienen la misma consideración que el hijo o hija: 1. Las personas unidas al único progenitor o progenitora en razón de tutela o acogimiento. 2. El concebido o concebida, siempre que mediante la aplicación de esta asimilación se obtenga mayor beneficio».
Ley 9/2014, de 23 de octubre, de Apoyo a las Familias de Aragón (BOE núm. 281, de 20 de noviembre de 2014, p. 94.846) (Aragón).	«...núcleo familiar compuesto por un único progenitor, que no conviva con su cónyuge ni con otra persona con la que mantenga una relación análoga a la conyugal, y los hijos a su cargo, siempre que constituya el único sustentador de la familia»

Las definiciones de la legislación española en su mayoría refieren a la ayuda económica que recibe la unidad familiar monoparental en los ámbitos de subsidios, vivienda, educación, salud, materia tributaria, etc. Las particularidades que presentan cada una de estas definiciones es la exclusión de un miembro de la pareja -el padre o madre de los dependientes-, del núcleo familiar ampliado (es decir la presencia de padres, hermanos, primos, etc.), y de la hegemonía familiar.

La definición tradicional de monoparentalidad asume que **lo más común es que se favorezca a la madre al otorgarle la guarda y cuidado de los hijos (ello ocurre en más del 85 % de los casos)**. Cuando los niños son menores de 7 años, la asignación del derecho de custodia a la madre es prácticamente automática, impidiendo a los hombres desempeñar de manera unilateral el cuidado de sus hijos, aunque reunieran idénticas o incluso mejores condiciones que las madres. Esta decisión se sustenta en la idea generalizada de que la mujer conoce mejor a los hijos que el padre y está más adiestrada en su cuidado, parte del criterio de la existencia de un instinto materno que ofrece ventaja a la madre en la crianza de la prole⁴.

La parcialidad hacia la madre en este proceso no puede fundamentarse en el hecho de que haya sido así tradicionalmente, y, por tanto, la custodia debe confiarse a quien posea mayores garantías de cumplimiento, al entender que

⁴ Vergara, V. et all. Reflexiones acerca del tema de padres que poseen guarda y custodia física unilateral de la descendencia. Facultad de Ciencias Médicas, Departamento de Psicología, Guantanamo.

ambos progenitores están igualmente obligados a atender a sus hijos con independencia del sexo. No existen argumentos para descalificar a uno de los padres con respecto al otro en la crianza de los hijos, salvo aquellos promovidos por prácticas culturales, roles y estereotipos genéricos. El principio por el que se lucha para las mujeres no tendría sentido si no se aplicara en igualdad de condiciones con los hombres en estos casos concretos.

Sin embargo, en Costa Rica la Sala Constitucional señala que no existe predeterminación para asignar a la madre la custodia de los hijos, y lo manifiesta así⁵:

“Por otra parte, tampoco resulta de recibo el argumento de que la guarda, crianza y educación siempre se asigna a la madre, y no al padre del menor, creándose una especie de discriminación en perjuicio de los hombres, toda vez que esta es una interpretación que el accionante realiza de la norma, pero que no se ajusta al texto expreso del artículo.

En efecto, tanto el artículo 56 como el 152, ambos del Código de Familia, disponen en términos generales, que el Juzgador decide con cuál padre deberá vivir el menor, sin que la norma predetermine de ninguna manera que siempre deberá ser la madre. A efectos de lograr una mayor calidad, me permito transcribir nuevamente lo dispuesto por los artículos señalados:

ARTICULO 56.-

*Al declarar el divorcio, el Tribunal, **tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquéllos.** Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirían las funciones de tutor. **El Tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos.** Cualquiera que sea la persona o institución a cuyo cargo queden los hijos, los padres quedan obligados a sufragar los gastos que demanden sus alimentos, conforme al artículo 35.*

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

ARTICULO 152.-

*En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, **el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre***

⁵ Sala Constitucional (2010). Expediente 10-1493-0007-CO. Recuperado de URL: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_informe_pgr.aspx?ContInfor me=0¶m1=AIP&nValor1=1¶m5=10-001493-0007-CO¶mInf=1&strTipM=IP1. El resaltado es del texto original.

padres e hijos y los abuelos de éstos. *Queda a salvo lo dispuesto para el divorcio y la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos.*

Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo por vía incidental, a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.”

Tal y como se desprende de la lectura de las normas, las mismas no establecen ninguna preferencia hacia el padre o la madre, sino que será el Juzgador, atendiendo al interés superior de la persona menor de edad, el que determinará cuál padre es el más adecuado para que viva con él o ella.

En este sentido, se apunta que es el Juez quien decide con base en el interés superior del menor, a cuál padre asigna la custodia. De ahí que sea oportuno analizar el interés superior del niño o la niña.

En la doctrina jurídica las opiniones acerca de lo que es el interés del/la menor en la guarda han sido variadas. No obstante, la mayoría de las opiniones coinciden en identificarlo con su bienestar físico y sobre todo, emocional. En este sentido, y a falta de determinación del concepto por la doctrina española, los autores anglosajones se remiten al significado de “welfare” (bienestar) ofrecido por la jurisprudencia. Así, se entiende que “welfare” es una palabra omnicompreensiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el propio carácter, personalidad y talentos del niño”. La jurisprudencia también ha acogido en ocasiones dicha concepción del interés del menor...

De acuerdo con lo expuesto, en el ámbito de la guarda el interés del menor reside en su bienestar físico y sobre todo emocional, considerado como el principal factor para preservar el derecho fundamental al adecuado desarrollo de la personalidad del/la niño/a. Coincide en este sentido con la definición dada por la Declaración de los Derechos del Niño, antes apuntada. No obstante, es preciso establecer cómo se determina dicho bienestar, lo que nos obliga nuevamente a acudir a la psicología moderna que considera que el niño necesita para desarrollarse adecuadamente de un “progenitor psicológico”, es decir, de un adulto que partiendo de una relación diaria y continua, satisfaga sus necesidades biológicas y emocionales. Este ha de ser, por lo tanto, el criterio para asignar la guarda del menor. Si ambos progenitores poseen potencialmente las aptitudes necesarias para desarrollar esta labor existe un segundo criterio: el principio de continuidad, en virtud del cuál el/la niño/a necesita mantener la continuidad de sus relaciones, con referencias estables

para poder llevar a cabo un desarrollo psicológico normal, máxime en situaciones de ruptura, cuando su medio ambiente familiar sufre cambios. En aplicación de este segundo criterio, su guarda deberá concederse al progenitor que en el momento de la decisión sobre la guarda sea su “progenitor psicológico”, que tenga una fuerte relación afectiva con el/la niño/a, toda vez que éste será quien garantice la continuidad de su desarrollo psicológico. En consecuencia, podemos concluir que en el ámbito de la guarda en los supuestos de separación y divorcio, el interés del menor reside habitualmente en permanecer al cuidado del progenitor con quien posee una relación afectiva más fuerte, que a su vez recaerá en aquel que ha asumido su cuidado diario durante la convivencia”⁶

III. SINDROME DE ALIENACION PARENTAL

La iniciativa legislativa no define los actos de violencia que puedan generarse entre los progenitores de una persona menor de edad en un proceso de separación y después del mismo, debe destacarse que la visión de la iniciativa es adultocentrista, considerando que no se está enfatizando en el aspecto de en quién recae la violencia, siendo que el afectado directo de cualquier tipo de disputa entre progenitores es la misma persona menor de edad. Ciertamente, en este apartado se aborda el tipo de patología más frecuente durante un proceso de separación y la disputa de la custodia de menores de edad y sus consecuencias.

La familia es una institución social basada en las necesidades humanas universales de base biológica: la sexualidad, la reproducción y la subsistencia cotidiana. Sus miembros comparten un espacio social definido en términos de relaciones de parentesco, conyugalidad y patermaternalidad⁷.

La expectativa social espera que los vínculos familiares estén basados en el afecto y el cuidado mutuo, aunque también incorporan consideraciones instrumentales, estratégicas y basadas en intereses, tanto en el corto plazo de la vida cotidiana como en una perspectiva intergeneracional de más largo plazo.

La separación o divorcio supone un “antes”, un “durante” y un “después” en la relación de los miembros que componen la familia, lo que implica la necesidad de analizar esa interacción en beneficio de la parte más vulnerable, por lo general los niños, niñas y adolescentes, y en donde es denotativo la situación de complejidad para todos los operadores que intervienen en la protección integral de los menores

⁶ Goiriena Lekue, A. La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género. Departamento de Derecho Constitucional, Administrativo y Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco.

⁷ Jenlin. E (2005). Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales: Hacia una nueva agenda de políticas públicas. Naciones Unidas, Cepal.

y en donde todo ello se traduce en la búsqueda de ayuda para mantener una relación familiar sana, independientemente de la ruptura⁸.

Debe considerarse que, el divorcio representa el fin de la relación pero no debe ser el fin de la familia, ya que se torna hacia una nueva dinámica en la forma de organizarse a partir de una patria potestad (ahora denominada responsabilidad parental) conjunta y una guarda y custodia por parte de uno de los progenitores.

La patria potestad constituye los derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos y se hace de manera conjunta, salvo que la autoridad determine que se prive a uno de los progenitores de esta. Por el contrario, la guarda y custodia se puede definir como el conjunto de medidas y decisiones que el progenitor, a cuyo cuidado queda el menor, debe tomar para garantizar el diario desarrollo del hijo.

Tal y como se argumenta en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa, en la actualidad la protección de los menores ha tomado más fuerza, y su protección debe anteponerse a los derechos, deberes e intereses de los padres.

De esta forma, el interés superior del menor debe ser considerado en todas las situaciones en donde intervenga un niño, niña o adolescente, aunque sea de manera indirecta. En la actualidad, la protección al menor debe ser tal que se respeten sus derechos sobre cualquier otro interés y ello como consecuencia de que los menores han dejado de ser considerados como una extensión de los padres.

El ejercicio de la patria potestad, y todos los derechos/deberes que ésta implica, como el derecho de visita, de guarda y custodia, son decisiones adulto-centristas tomadas por el operador jurídico que representa el interés de los progenitores y no el interés superior de la infancia, mismo que debe prevalecer sobre cualquier otro interés, incluso el de los padres.

De esta manera, la patria potestad y la responsabilidad parental cobran una dimensión realmente diferente, en donde los menores tienen el derecho a ser cuidados por sus padres de una manera saludable (integral), independiente de espacios que coerciones o repriman sus derechos para fomentar su sano desarrollo.

Con estas premisas, al establecerse este derecho fundamental, un progenitor no puede obstaculizar la convivencia de un menor con su otro progenitor porque además de causarle un daño a la ex pareja, causa un daño irreparable

⁸ Dra. Nuria González Martín. Convivencia paterno-materno filial en el panorama Internacional: un acercamiento en torno a la Sustracción de menores, alienación parental y Mediación familiar internacional. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Alienación Parental. México. 2011.

al hijo. En este contexto, podemos expresar que la alienación parental es un tipo de violencia psicoemocional que trastoca los derechos fundamentales del niño y que debe evitarse o detenerse para brindar tanto al menor como a los padres los medios necesarios, ya sean legales o psicológicos, que permitan erradicar este proceso o síndrome de maltrato⁹.

La alienación parental consiste en las conductas que lleva a cabo el padre o la madre que tiene la custodia de un hijo o hija, e injustificadamente impide las visitas y convivencias con el otro progenitor, causando en el niño o niña un proceso de transformación de conciencia, que puede ir desde el miedo y el rechazo, hasta llegar al odio. Este tipo de conductas, de inicio, pueden ser vistas como un problema familiar, pero al formar parte de todo un proceso destructivo van a tener proyección y repercusión social. La alienación parental afecta el sistema familiar y sus subsistemas, así como la dinámica familiar.

El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es un conjunto de síntomas, que se produce en los hijos, cuando un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de los niños con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.¹⁰

La Organización Mundial de la Salud (OMS) publicó su nueva Clasificación Mundial de Enfermedades (CIE-11)¹¹. Dentro de los códigos utilizados por los médicos a nivel mundial, aparece la Alienación Parental AP, descrita dentro del código QE52.0 como “*un problema asociado con las relaciones interpersonales en la niñez*” y lo describe como una “*Insatisfacción sustancial y sostenida dentro de una relación cuidador-niño asociada con perturbaciones significativas en el funcionamiento*”¹².

Por su parte, la Asociación Americana de Psiquiatría incluyó en la guía de su reunión anual realizada en mayo del 2018 en la ciudad de New York, la disertación *Understanding Parental Alienation*¹³.

⁹ Ibid.

¹⁰ Síndrome de Alienación Parental en niños: diagnóstico. Recuperado de URL: <http://www.guiainfantil.com/1502/sindrome-de-alienacion-parental-en-ninos-diagnostico.html>.

¹¹ La CIE, que es el instrumento fundamental para identificar tendencias y estadísticas de salud en todo el mundo, contiene alrededor de 55 000 códigos únicos para traumatismos, enfermedades y causas de muerte. Proporciona un lenguaje común que permite a los profesionales de la salud compartir información sanitaria en todo el mundo. Recuperado de URL: [http://www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-\(icd-11\)](http://www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-(icd-11))

¹² ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics (2018) Recuperado de URL: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/547677013>

En el SAP, las personas menores de edad afectadas son objeto de maltrato psicológico grave, en el cual se instiga resentimiento, temor y animadversión en contra del progenitor inocente, en el curso de un divorcio o separación¹⁴.

Este trastorno se presenta en la niñez y que surge casi exclusivamente en el contexto de una disputa por la custodia del niño. Su manifestación primaria es una campaña de denigración de un progenitor anteriormente querido por el niño, a la que se agregan elementos que el propio niño aporta para alejarse cada vez más del progenitor alienado.

Es necesario aclarar que este concepto no se aplica a casos de maltrato físico o abuso infantil, en los cuales la animosidad y el temor del niño hacia un progenitor son justificables, es decir, lo rechaza porque le teme.

Es muy frecuente que los niños que atraviesan por el divorcio de sus padres experimenten fenómenos como la triangulación o el conflicto de lealtad¹⁵, en el cual sientan que, si se acercan a un progenitor están traicionando al otro¹⁶.

Estas situaciones son dolorosas y confunden a los niños, pero no revisten la gravedad del SAP, en que el niño es programado para actuar en contra de un progenitor, en ocasiones verbalizando situaciones inexistentes de maltrato o abuso, y experimentando intenso odio y temor hacia el padre alienado.

Bolaños¹⁷, entiende el SAP como un síndrome familiar en que cada uno de sus participantes tiene responsabilidad relacional en su construcción. En esta situación interaccional se requieren, por lo menos, tres actores: el niño, el padre alienante y el padre inocente, en un interjuego entre todos ellos.

El niño suele ser vulnerable, sugestionable, con una relación muy intensa y estrecha con el padre alienante, que se puede ir construyendo en base a intereses comunes o tiempo compartido. Sus recuerdos pueden estar distorsionados por la

¹³ Entendiendo la Alienación parental dictada por Kunai Maini.

¹⁴ Síndrome de alienación parental. Revista chilena de pediatría. Rev. chil. pediatr. vol.82 no.6 Santiago dic. 2011. Ana Margarita Maida S, Viviana Herskovic M, Bernardita Prado A. Recuperado de URL: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062011000600002.

¹⁵ Gagné MH, Drapeau S, Melancon C. Links Between Parental Psychological Violence, Other Family Disturbances, and Children's Adjustment. Family Process 2007; 46: 523-42. Apud. Ibídem.

¹⁶ Fidler B, Bala N. Children resisting postseparation contact with a parent: concepts, controversies and conundrums. Family Court Review 2010; 48: 10-47. Apud. Ibídem.

¹⁷ Bolaños I. El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico legales. Psicopatología clínica legal y forense 2002; 2: 25-45. Apud. Ibídem.

sugestión, que corresponde a la incorporación de las creencias de otros en el reporte personal¹⁸.

La alienación parental se va gestando hablando mal del otro progenitor, al niño mismo y a quien quiera escuchar, en el colegio, a los vecinos, a los médicos. Se construye interfiriendo el contacto con la padre víctima, prohibiendo que se hable de él o de ella, solicitando al niño que llame "papá" o "mamá" a otro. Otros mecanismos incluyen interferir en la información que debiera fluir entre los padres, evitando que el otro sepa que el niño sufrió una enfermedad, un accidente, o una llamada del colegio, dejando que el padre inocente aparezca como "desinteresado" frente a los ojos del niño. En ocasiones se agrega a esto franca y abierta manipulación emocional, forzando al niño a expresar su lealtad, haciendo que espíe al otro progenitor, que guarde secretos, o recompensándolo por su rechazo¹⁹.

No obstante, la violencia verbal es una práctica que se desarrolla en el seno familiar, aun cuando no existe separación de los progenitores. Escuchar a los padres denigrarse por situaciones de la cotidianidad en la vida común, como "*su papá es inútil en la casa todo me toca a mí*" o "*yo trabajo todo el día mientras su mamá está en la casa haciendo nada*" son cargas emocionales que muchos hijos soportan regularmente y que se intensifican en situaciones de ruptura del vínculo familiar.

El progenitor alienado, para cumplir con la definición del cuadro de alienación parental, tiene que ser inocente de lo que se le imputa, pero, a su vez, puede haber mantenido una relación menos intensa con el niño, ser pasivo o incluso inepto en su parentalidad. A veces estos progenitores son seres inmaduros, con escasa capacidad de introspección, que, al sentirse rechazados por el niño, se alejan de éste²⁰. No es infrecuente que el progenitor alienado esté más preocupado por la manipulación de la que es objeto que por su propia contribución al problema²¹.

¹⁸ Bruck M, Ceci S, Kulkofsky. Children's testimony. In Rutter's Child and Adolescent Psychiatry. 5th Edition. 2008. Blackwell Publishing Limited. USA. Apud. *Ibidem*.

¹⁹ Baker A. Adult Children of Parental Alienation Syndrome: Breaking the Ties that Bind. *Cultic Studies Review* 2008; 7: 57-63. Apud. *Ibidem*.

²⁰ Fidler B, Bala N. Apud. *Ibidem*.

²¹ Cartié M, Casany R, Domínguez R. Análisis descriptivo de las características asociadas al síndrome de alienación parental (SAP). *Psicopatología clínica legal y forense* 2005; 5: 5-29. Apud. *Ibidem*.

Se cree que tanto el padre como la madre pueden ser los alienantes del niño, pero en la mayoría de los casos descritos es el padre custodio quien causa la alienación.

Actualmente, se desconoce en qué porcentaje de divorcios (o separaciones) se produce el SAP, existen los siguientes datos:

- Clawar y Rivlin²², mencionan un estudio de 12 años, de 700 a 1 000 niños con SAP, pero afirman que el sistema legal en Estados Unidos no tiene mecanismos adecuados para dar cifras claras al respecto.
- Johnston²³, argumenta que un porcentaje pequeño de familias en divorcio (alrededor de 1,5% de los casos) requieren intervenciones que determinen judicialmente la custodia de los niños en casos de graves conflictos.
- Cartié²⁴, reporta que el SAP, en un estudio realizado en las provincias de Barcelona y Tarragona, España, se presentó en el 10% de los casos de divorcio.

En la alienación parental el niño experimenta una pérdida extrema, en que desaparecen de su vida el progenitor, sus abuelos y los amigos y parientes de este progenitor. El niño no puede reconocer esta pérdida, ni estar en duelo por ella. Los buenos recuerdos que pueda tener se ven destruidos.

El SAP no surge porque los padres quieran poner fin a su vida en común, sino porque hacen partícipes a sus hijos de los conflictos generados por la separación²⁵.

En los casos severos de SAP, se construye en el niño un relato de maltrato que no ha sufrido, lo que contribuye a una distorsión cognitiva que puede tener consecuencias graves en su desarrollo psicológico o incluso puede desarrollarse un cuadro psicótico²⁶.

²² Clawar SS, Rivlin BV. Children Held Hostage: Dealing with Programmed and Brainwashed Children. 1991. Chicago, American Bar Association. Apud. Ibídem.

²³ Johnston J. Allegations and Substantiations of abuse in custody disputing families. Family Court Review. 2005; 43: 283-94. Ibídem. Apud.

²⁴ Cartié M, Casany R, Domínguez R. Apud. Ibídem.

²⁵ Segura C, Gil MJ, Sepúlveda MA. El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. Cuad Med Forense 2006; 12: 43-4. Apud. Ibídem.

²⁶ Segura C, Gil MJ, Sepúlveda MA. Apud. Ibídem.

3.1. Consecuencias de la Alienación Parental

Los niños y niñas sometidos al SAP pueden padecer perturbaciones y disfunciones, debido a que sus propios procesos de razonamiento han sido interrumpidos o coaccionados²⁷.

Entre las perturbaciones más frecuentes se citan:

- **Trastornos de ansiedad:** respiración acelerada, enrojecimiento de la piel, sudoración, elevación del tono de voz, temblores y desbordamiento emocional son algunos de los síntomas del estrés que, algunos niños, manifiestan en el momento de las visitas con el progenitor rechazado.
- **Trastornos en el sueño y en la alimentación:** pesadillas, problemas para conciliar o mantener el sueño y trastornos alimenticios derivados de la situación que viven y no saben afrontar son otros de los efectos que este síndrome puede causar en los niños.
- **Trastornos de conducta:** generando tres tipos de conducta.
 - **Conducta agresiva:** cuando las visitas se hacen imposibles, las conductas agresivas pueden ser verbales como insultos, o incluso físicas, teniendo que frenar la situación.
 - **Conducta de evitación:** puede plasmarse en somatizaciones de tipo ansioso que le indisponen y que tienen como consecuencia no realizar la visita.
 - **Dependencia emocional:** sienten miedo a ser abandonados por el progenitor con el que conviven, ya que saben, y así lo sienten, que su cariño está condicionado. Tienen que odiar a uno para ser querido y aceptado por el otro.
- **Dificultades en la expresión y comprensión de las emociones:** suelen expresar sus emociones centrándose excesivamente en aspectos negativos. Carecen de capacidad empática y mantienen una actitud rígida ante los distintos puntos de vista que ofrezca el progenitor rechazado.

3.2 Niveles de intensidad en el rechazo

Otro factor que puede aparecer tras el proceso de separación es un rechazo de los hijos en común hacia uno de los progenitores. El rechazo primario se produciría como reacción inmediata a la ruptura de la pareja y el secundario aparece en separaciones más lentamente gestadas.

La existencia del rechazo a uno de los progenitores va a suponer la aparición de conflictos en el desarrollo del régimen de visitas. Ante esta situación, uno de los

²⁷ Síndrome de Alienación Parental en niños: consecuencias. URL: <http://www.guiainfantil.com/1503/sindrome-de-alienacion-parental-en-los-ninos-consecuencias.html>.

dos progenitores, normalmente el rechazado, pone en conocimiento del órgano judicial la situación, lo que producirá un aumento del rechazo. Cuando el SAP entra en contacto con el sistema legal se convierte en un Síndrome Jurídico Familiar, donde se desencadenan acusaciones, búsquedas de explicaciones y acciones, que hacen que la instancia judicial se convierta en escenario del problema²⁸.

El rechazo puede aparecer inmediatamente después de la ruptura o en periodos posteriores, es decir, años después, generalmente asociado a momentos concretos del nuevo ciclo evolutivo familiar. El rechazo puede ser leve, moderado e intenso²⁹:

- **El rechazo leve** se caracteriza por el desagrado en la relación con el padre o la madre. No hay evitación y la relación no se interrumpe.
- **El rechazo moderado** se mide por el deseo de no ver al padre o la madre. El niño niega todo afecto hacia él y evita su presencia. El rechazo se generaliza a su entorno familiar y social. La relación se mantiene por obligación o se interrumpe.
- **El rechazo intenso** adquiere características fóbicas con fuertes mecanismos de evitación. Puede aparecer sintomatología psicósomática asociada.

3.3. El papel del profesional en la exploración del SAP

La iniciativa legislativa apunta como necesaria para la toma de decisión del juez un peritaje psicológico, sin embargo, la participación del profesional en psicología debe de estar en todo el proceso de separación, principalmente en aquellos **donde medie alineación familiar**, la intervención expresa de profesionales en psicología, la participación de estos es inherente en cualquier tipo de causa judicial que conlleve la participación de la persona menor de edad.

A partir de la aparición de casos de maltrato y abuso infantil, los especialistas en salud mental de niños y adolescentes se han preocupado de que el sistema judicial sea sensible a los sentimientos de los niños, y que los escuche. De esta manera, se ha podido garantizar que estos niños, incluso en casos en que no existen huellas físicas, han sido atendidos y separados de sus agresores. Para ello ha sido central que profesionales especialistas validen el relato que los niños hacen sobre las situaciones que refieren.

En los casos de divorcios contenciosos, los profesionales pueden involucrarse en las disputas de custodia desde varios roles, como evaluadores, terapeutas, abogados, mediadores, educadores. En muchos tribunales se solicita el concurso

²⁸ Ibíd.

²⁹ Ibídem.

de los profesionales de salud mental para ayudar a dilucidar si un caso en cuestión es de SAP o de maltrato infantil.

Lo que debe procurarse es la imparcialidad del diagnóstico, Lund³⁰ apunta que, en especial, son los terapeutas infantiles individuales quienes pueden mantener el SAP sin quererlo. Esto puede ocurrir cuando escuchan a los pacientes sin dudar ni mirar desde una perspectiva más amplia, especialmente si desconocen que el SAP existe, y más aún si evitan el contacto con el padre inocente³¹.

De lo anterior se deriva un problema ético sobre quién escoge al terapeuta que va a evaluar y atender al niño. El profesional puede claramente involucrarse en el SAP si es escogido por el progenitor alienante, que lleva al niño a terapia, que le paga y que pacta los objetivos de tratamiento³². Si se maneja abuso o maltrato infantil, el terapeuta puede actuar validando el relato del niño. Los terapeutas, al ser presentados con acusaciones de abuso, asumen que el abuso ocurrió y pueden actuar en su rol para validar el abuso más que como conductores de una investigación objetiva.

Una vez que surge el tema del maltrato, el niño puede ser llevado a repetidas entrevistas, exámenes médicos y evaluaciones³³. Debe tenerse en consideración que, muchos entrevistadores no se dan cuenta cómo sus creencias pueden influir en las preguntas que le formulen al niño.

Rand³⁴, señala que los profesionales que atienden a niños, pediatras, psicólogos y psiquiatras infantiles, pueden llegar a ser parte del sistema que mantiene el SAP, contribuyendo a polarizar a un padre contra el otro. Es por ello muy importante recoger información en la forma más abierta posible, entrevistando a todos los miembros de la familia y solicitando informes a la escuela.

Por otra parte, la lenta respuesta de los tribunales pidiendo más evaluaciones y pericias a los niños para determinar si es verdadera o falsa la acusación de maltrato o abuso, puede ir contribuyendo a ahondar las creencias del niño sobre lo que ha vivido³⁵. No puede dejarse de lado que el tiempo está del lado del padre alienante: a más tiempo transcurre, más se profundiza la alienación.

³⁰ Lund M. A Therapist's view of Parental alienation syndrome. Family and Conciliation courts review 1995; 33: 302-16. Apud. Ibídem.

³¹ Rand D. Apud. Ibídem.

³² Rand D. Apud. Ibídem.

³³ Bruck M, Ceci S, Kulkofsky. . Apud. Ibídem.

³⁴ Rand D. Apud. Ibídem.

En casos leves a moderados de SAP, se puede intentar una intervención psicoterapéutica, implementando mediación o terapia sistémica. El mediador requiere conocer bien el cuadro de SAP, entender los motivos del progenitor alienante y estar atento al engaño y mentira que hay en estos casos³⁶.

El niño puede ser atendido, sesión por medio, con cada uno de los padres para observar la interacción entre ellos, evaluando las capacidades parentales de cada uno de los progenitores³⁷. Una buena observación puede ser en cuánto están dispuestos a proteger al niño de la disputa conyugal, o en cuánto el niño parece ser un arma para enfrentar al adversario.

Hay que estar atento a que los padres alienantes pueden ser muy convincentes. Los niños muy alienados requieren intervenciones terapéuticas intensivas, con aproximaciones sucesivas hacia el padre rechazado para reconstruir la relación y el apoyo de los tribunales para que esta situación se produzca. La terapia individual del niño tiene escaso lugar en estas situaciones, donde prima el conflicto relacional. Otra forma de intervención judicial puede ser la obligación de tener períodos de residencia prolongados con el padre alienado, además de la terapia. La custodia compartida no está recomendada en casos severos, pues requiere de gran cooperación entre los padres. En casos graves, se ha reportado que la solución es la reversión de custodia, que, en un primer momento, esto puede agravar el cuadro fóbico del niño.

Debe tenerse en cuenta que, las parejas se involucran en juicios de divorcio exacerbados, la amargura y rabia experimentadas son emocionalmente debilitantes para ellos y para sus hijos. Estas son parejas que frecuentemente regresan a la corte buscando represalia. No pueden seguir adelante en sus vidas³⁸. Los profesionales que los atienden deberían estar atentos a detectar precozmente estas situaciones y alentarlos a buscar ayuda terapéutica para evitar la escalada ofensiva.

³⁵ Apud. *Ibídem*.

³⁶ Vestal A. Mediation and parental alienation syndrome. *Family and Conciliation courts review* 1999; 37: 487-503. Apud. *Ibídem*.

³⁷ Barudy J, Dantagnan M. *Los buenos tratos a la infancia*. Segunda Edición. Gedisa. Barcelona. 2005. Apud. *Ibídem*.

³⁸ Kaslow F. Familias que han experimentado un divorcio. En Roizblatt A. *Terapia familiar y de pareja*. Editorial Mediterráneo. Chile. 2006. Apud. *Síndrome de Alienación Parental*. Revista Chilena de Pediatría.

Es un derecho infantil contar con la presencia de ambos padres y un deber del padre custodio es garantizar el acceso del niño al otro progenitor y a toda su familia. Si se falta a este, se está vulnerando al niño³⁹.

El síndrome de alienación parental es un diagnóstico que hay que conocer y plantear, pero también hay que diferenciarlo de la alianza normal que se experimenta con uno de los padres con quien se comparte intereses y de los casos de maltrato infantil, en el cual el niño se resiste con genuino temor y buenas razones a encontrarse con uno de los progenitores⁴⁰. Sin embargo, en los casos de maltrato infantil, el rechazo de un progenitor no es tan intenso y absoluto como el visto en el SAP.

No se pueden desacreditar las acusaciones de maltrato o abuso esgrimidas, sino que hay que estudiarlas con cuidado. Es por esto por lo que es necesario evaluar a cada progenitor, atendiendo a las relaciones familiares previas y reuniendo información de terceros que puedan clarificar aún más la situación⁴¹.

Por otra parte, es necesario crear los mecanismos de prevención de este tipo de situaciones, los niños y las niñas muestran cambios en sus comportamientos cuando atraviesan situaciones que alterna su cotidianidad, buscar los catalizadores de estas conductas permitiría no solo una detección temprana sino una intervención adecuada por parte de las entidades estatales encargadas de resguardar el bienestar de la persona menor de edad.

IV. PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA: PROTOCOLOS DE INTERVENCIÓN

El Eje de Atención del PANI se relaciona directamente con la prestación de servicios psicológicos, sociales y legales en situaciones de vulnerabilidad o violación de los derechos de las personas menores de edad. Para aquellas personas menores de edad y su familia que ya presentan condiciones de riesgo relevante, se requiere la intervención en diferentes servicios que brindan las Oficinas Locales⁴².

³⁹ Johnston J. Parental alignments and rejection: An empirical study of alienation in children of divorce. *J Am Acad Psychiatry Law* 2003; 31: 158-70. Apud. Síndrome de Alienación Parental. *Revista Chilena de Pediatría*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Síndrome de alienación parental. *Revista chilena de pediatría*. Op. Cit.

⁴² PANI. Eje de Atención. Recuperado de URL: <http://pani.go.cr/atencion>.

Esta atención debe ser re-orientada para privilegiar el apoyo y el fortalecimiento de la familia, lo que implica un cambio de paradigma en el abordaje de la casuística, para pasar de una posición sancionatoria a una de acompañamiento y apoyo, con énfasis en abordajes grupales, y con estrategias; específicas según la problemática presentada.

Para el desarrollo de las actividades propias del Eje de Atención, se cuenta con protocolos que se aplican en las oficinas y son de acatamiento obligatorio, para la atención de las diferentes situaciones. Los protocolos son instrumentos que sistematizan y orientan las acciones del personal profesional en cuanto a la conceptualización científica sobre etiología y consecuencias psicosociales para las personas menores de edad y sus familias, que se encuentren sometidas a condiciones de alto riesgo. Los Protocolos son instrumentos operativos, que regulan la intervención de los profesionales, brindan herramientas para el diagnóstico y el abordaje de situaciones como la negligencia, maltrato físico, abuso sexual, emocional, “callejización” y conflictos familiares.

Estos instrumentos se insertan en el nuevo documento denominado *Procesos Atencionales de Oficinas Locales*, siendo que los Protocolos son utilizados tanto en la valoración de primera instancia, como en el proceso de intervención de segunda instancia. En la actualidad existen siete nuevos protocolos: maltrato físico, negligencia (salud, peligro de vida, abandono y alimentación), abuso sexual, conflictos familiares, “callejización”, abuso emocional, trata de personas.

En el caso del tema de la iniciativa legislativa se aplica el *Protocolo para la Atención de Conflictos Familiares*, específicamente en los siguientes aspectos⁴³:

4.1. Conflicto por la Guarda, Crianza y Educación de los Hijos

Este se presenta normalmente entre el progenitor y la progenitora de la o las personas menores de edad. Se trata de la convergencia de intereses contrapuestos entre las personas que ostentan en forma compartida la autoridad parental, en el cual uno de ellos pretende que el derecho-deber de cuidado y atención de la prole sea modificado en su favor y en detrimento del padre o madre que normalmente ha desempeñado ese rol⁴⁴.

Este tipo de conflicto también se manifiesta en situaciones en las cuales uno de los progenitores reclama ante el PANI que el otro progenitor dispuso unilateralmente sacar a la persona menor de edad de su entorno habitual de

⁴³ Patronato Nacional de la Infancia (2016). Protocolo para la atención de conflictos familiares. Gerencia Técnica.

⁴⁴ Ibid..

convivencia sin el consentimiento del otro padre o madre (conflicto que ha sido conocido como sustracción de menor).

En muchas ocasiones, ese interés de modificación de la guarda, crianza y educación de los hijos está asociado más al conflicto de pareja (por lo general se trata de progenitores separados de hecho o de derecho) que a la existencia de amenaza o violación a los derechos humanos de las personas menores de edad involucradas; en otras palabras, cuando nos referimos a un conflicto familiar de esta naturaleza no estamos asociando la situación denunciada a un riesgo social para el hijo o la hija, por lo que el profesional que atiende la situación debe antes que nada verificar que en los descriptores propuestos para este tipo de conflictos no aparezcan violaciones latentes a los derechos de las personas menores de edad.

Debe recordarse que, en muchos de los casos, alguno de los progenitores o ambos, disfrazan sus conflictos irresueltos con su pareja mediante denuncias que supuestamente involucran riesgo social para los niños, en aras de maximizar la gravedad del asunto o de lograr del PANI la activación de procesos y procedimientos que conduzcan a modificar en perjuicio de uno de los padres-madres la guarda, crianza y educación de los hijos.

En este sentido, si bien la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia establece con total claridad la atribución institucional de “...*disponer en forma provisional de la guarda y crianza de los menores de edad en aras de proteger su interés superior*”...y “...*dictar resoluciones motivadas con carácter vinculante, en casos de conflicto, hasta tanto los Tribunales resuelvan en forma definitiva sobre el particular...*” (Artículo 4 incisos m) y n), las Oficinas Locales deben discriminar con criterios de razonabilidad y oportunidad el dictado de medidas de protección de esta naturaleza, ya que ello deberá hacerse únicamente cuando se hayan constatado indicios razonables de que el conflicto ente los adultos conlleva e implica indubitadamente la amenaza latente o la vulneración de los derechos de la prole involucrada⁴⁵.

En otras palabras, cuando el profesional determine durante el Proceso de Valoración de Primera Instancia que la disputa entre los adultos no conlleva un perjuicio directo o mayor a las personas menores de edad, la situación deberá abordarse como un CONFLICTO FAMILIAR según el Protocolo, por lo que **deberá ser atendido y resuelto en el Proceso de Valoración de Primera Instancia dentro del plazo establecido en el Modelo de Atención vigente**, por parte del profesional en psicología o trabajo social que atiende la situación.

Por el contrario, si en la valoración que realiza el profesional se determinan posibles violaciones a los derechos de los hijos en la guarda y crianza que ejerce

⁴⁵ Ibid.

alguno de los padres, se entenderá que ya NO se encuentra ante un Conflicto de este tipo, sino que deberá activarse los otros Procesos Atencionales previstos en el Modelo, incluyendo de ser necesario, el dictado de medidas de protección en sede administrativa, pues podríamos encontrarnos ante situaciones vinculadas a negligencia, maltrato físico o emocional, violencia intrafamiliar, etc.⁴⁶

Ahora bien, en aquellas situaciones en las cuales alguna de las partes intervinientes no está de acuerdo en la valoración concluyente que hace el profesional de la inexistencia de riesgo asociado a la persona menor de edad, se les orientará sobre el derecho y posibilidad que le asiste de plantear el proceso judicial correspondiente para la modificación de la guarda, crianza y educación en su favor.

En todo caso, el o los profesionales del PANI que atiendan el Conflicto deberán propiciar en todo momento las condiciones adecuadas para que las partes alcancen un entendimiento pacífico, tomando el parecer de las personas menores de edad cuando ello sea pertinente en razón de su desarrollo emocional y autonomía progresiva.

Toda situación de Conflicto por la Guarda, Crianza y Educación de los hijos deberá quedar debidamente registrada en expediente, así como formalizados los acuerdos a los que las partes lleguen, mediante un documento formal que será firmado por los interesados y por el profesional del PANI que atendió la situación.

Es importante recordar que los profesionales en Derecho de las Oficinas Locales pueden seguir interviniendo en la atención y tramitación de conflictos relacionados con la guarda, crianza y educación de los hijos, siempre y cuando exista total claridad, desde que la situación ingresa, de que no se requiere de una valoración técnica que filtre si existen o no vulneraciones de derechos por parte de los progenitores a los niños, niñas y adolescentes involucrados, ya que en ese caso, tal valoración o filtro técnico corresponde a los profesionales en Trabajo Social y/o Psicología, en el Proceso de Valoración de Primera Instancia.

4.2 Conflicto por el Régimen de Visitas

El artículo 35 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que “...*las personas menores de edad que no convivan con su familia tienen derecho a tener contacto con su círculo familiar y afectivo, tomando en cuenta su interés personal en esta decisión...*”⁴⁷

En el marco de este derecho fundamental, es frecuente atender en la plataforma de servicios institucionales a alguno o ambos progenitores para que se defina un

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

régimen de visitas formales para mantener contacto con sus hijos; esta iniciativa suele también presentarse por parte de otros familiares de los niños como sus abuelos, tíos o hermanos adultos, por lo que son susceptibles de ser homologados en la vía judicial, razón por la cual los acuerdos adoptados adquieren carácter de ley entre las partes.

Nos encontramos en este caso ante un **servicio que debe ser brindado, atendido y agotado en la etapa de Primera Instancia** y estará a cargo del profesional que atienda la situación (Psicología, Trabajo Social y Derecho), quien garantizará que los acuerdos que las partes alcancen queden manifiestos en un documento que firmarán. **La confección del documento “Acuerdo de visitas y pensión alimentaria” estará a cargo únicamente del profesional en Derecho⁴⁸.**

Se constata que la desavenencia o desacuerdo que se presenta entre los padres u otros familiares solicitantes de las visitas no lleve aparejado una amenaza o violación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados, porque de lo contrario, la situación se agota en esta etapa de Conflicto Familiar y pasa a una categoría distinta en donde la posible vulneración de derechos debe ser resuelta por medio de otro u otros de los Servicios Atencionales que ofrecen las Oficinas Locales del PANI. Aquí también, al igual que en los Conflictos de Guarda, Crianza y Educación de la prole, es importante recordar que los profesionales en Derecho de las Oficinas Locales pueden seguir interviniendo en la atención y tramitación de conflictos relacionados con el Régimen de Visitas, siempre y cuando exista total claridad, desde que la situación ingresa, de que no se requiere de una valoración técnica que filtre si existen o no vulneraciones de derechos por parte de los progenitores a los niños, niñas y adolescentes involucrados, ya que en ese caso, tal valoración o filtro técnico corresponde a los profesionales en Trabajo Social y/o Psicología, en el Proceso de valoración de Primera Instancia.

En aquellos casos en los cuales es imposible alcanzar un acuerdo entre los adultos para definir un régimen de visitas en sede administrativa así como en materia de pensión alimenticia, el profesional de la Oficina Local les brindará orientación en torno a la posibilidad de que acudan a la sede jurisdiccional a interponer un proceso judicial de régimen de visitas o pensión alimenticia; sin embargo, al igual que en el manejo de los otros tipos de conflictos, el funcionario(a) del PANI que atienda la situación (Trabajo Social, Psicología o Derecho) deberá propiciar en todo momento las condiciones adecuadas para que las partes alcancen un entendimiento pacífico, tomando el parecer de las personas menores de edad cuando ello sea pertinente en razón de su desarrollo emocional y autonomía progresiva.⁴⁹

⁴⁸ Ibid. El resaltado es del texto original.

⁴⁹ Ibid. El subrayado es del texto original.

Debe recordarse que en la atención de este tipo de Conflictos Familiares NO deben ventilarse solicitudes de las partes para suspender, en detrimento de la otra parte el régimen de visitas que ya existe de hecho o de derecho, ya que esa materia es exclusiva para ser resuelta mediante el Proceso Especial de Protección en sede administrativa, pues se deduce que la pretensión de suspender las visitas estaría asociada a un perjuicio directo para la persona menor de edad involucrada, lo cual conlleva valoraciones técnicas y periciales de otro nivel. (Ver al respecto artículos 130 y 131 inciso a) del Código de la Niñez y la Adolescencia en concordancia con lo establecido en los numerales 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Incluso, toda resolución que conlleve una suspensión de guarda y crianza correlativamente debe establecer un régimen de visitas.

V. ASPECTOS GENERALES DE CARÁCTER JURÍDICO

Tal y como se señaló en el resumen del proyecto de ley, la presente iniciativa, consta de doce artículos en los que se propone la creación de una nueva ley, al margen del Código de Familia (Ley 5476), y Procesal de Familia (Ley N° 9747), de crianza compartida y se reforma el artículo 159 del Código de Familia.

Antes de llevar a cabo el análisis específico del articulado de la propuesta de ley, esta asesoría considera importante hacer referencia a algunos conceptos de naturaleza jurídica relacionados con el instituto jurídico de la crianza compartida de los menores de edad, por parte de las personas encargadas de su guarda crianza, en los casos en que se presenta una separación o en circunstancias que exijan una definición al respecto, siempre teniendo como premisa el bien superior de la persona menor de edad.

Con el fin de desarrollar los principales aspectos señalados sobre esta iniciativa, incluiremos de seguido el análisis realizado por nuestro Departamento en el Expediente 20662⁵⁰, el cual hace referencia a esta misma temática y es un proyecto de ley que se encuentra dentro de la corriente legislativa.

La familia constituye una unidad estructural y funcional. Su cometido consiste en fomentar la unión, la autorrealización, el crecimiento personal, la autonomía, la independencia. En la familia se ofrece y recibe amor, ayuda, socorro, contacto, se aprende a afrontar y superar las crisis que se presenten y también se aprende

⁵⁰ Tomado del Informe Jurídico del Departamento de Servicios Técnicos, al Expediente N° 20662, realizado por la Licda Milena Soto Dobles.

a amar. A través del tiempo, por influencia de diferentes factores la definición de familia se ha ido transformando⁵¹.

Pero siempre se considera la fuente primaria de transferencia de cultura e imposición de modelos de interacción, comunicación y expresión, los cuales son incorporados y aprendidos por el niño desde etapas muy tempranas, mediante un permanente proceso de interpretación y transformación individual y colectiva⁵².

Debido al papel determinante que posee la familia en la formación y desarrollo de las personas, se considera necesario impulsar un compromiso social que promueva mejores condiciones para su desarrollo y sus miembros, particularmente la vigencia de los derechos de los niños y las niñas⁵³.

Hoy más que nunca se requiere la unidad y estabilidad de la familia, lo que exige además de la responsabilidad, condiciones de vida y de trabajo compatibles con la estabilidad.

La seguridad económica no garantiza necesariamente la estabilidad de la familia, pero sin estabilidad en el trabajo y seguridad de ingreso, difícilmente se tendrá estabilidad familiar.

Y, como principio se debe respetar la autonomía de la familia, la intimidad y la vida privada, y prescindir de mecanismos de injerencia innecesarios o indebidos. Pero las circunstancias históricas en la dialéctica de constante transformación de la sociedad van determinando cambios en el Ordenamiento Jurídico de Familia.

Tradicionalmente a la familia se le venía dando autonomía privada respecto del Estado; sin embargo, al tener la familia una función social, ahora se considera que ante rupturas de los padres se debe reestablecer un equilibrio de modo que el beneficiario sea la persona menor de edad.

A propósito de lo dicho, la Convención de los Derechos de los Niños señala en su preámbulo:

“Todo menor tiene derecho a crecer en el seno de una familia. El Estado fomentará por todos los medios la estabilidad y el bienestar de la familia como célula fundamental de la sociedad. El menor no podrá ser separado de su familia sino en las circunstancias especiales definidas por la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlo. Son deberes de los padres, velar por que los

⁵¹ Universidad Externado de Colombia, Conflictos Familiares, su prevención y tratamiento, Primera Edición Agosto del 2002, pág. 175.

⁵² Ibidem, pág. 176

⁵³ Ibidem, pág. 187

hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social”.

Por su parte, nuestra Constitución Política establece en su artículo 51⁵⁴:

“Artículo 51- 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.”

Asimismo, el artículo 52 de la Carta indica:

“El Matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.”

Los anteriores artículos tienen su correlato en el Código de Familia, cuerpo legal que establece en lo que interesa:

Artículo 1º.- Es obligación del Estado costarricense proteger a la familia.

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.

Artículo 5º.- La protección especial de las madres y de los menores de edad estará a cargo del Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.

En todo asunto en que aparezca involucrado un menor de edad, el órgano administrativo o jurisdiccional que conozca de él, deberá tener como parte al Patronato, siendo causa de nulidad relativa de lo actuado, el hecho de no habersele tenido como tal, si se ha causado perjuicio al menor a juicio del Tribunal.

Al Director Ejecutivo y a los representantes del Patronato Nacional de la Infancia les está prohibido, bajo pena de perder sus respectivos cargos, patrocinar, directa o indirectamente, en el ejercicio de su profesión, en instancias judiciales o administrativas, en sus respectivas jurisdicciones, asuntos de familia en que haya interés de menores.

Artículo 11.- El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

Como vemos, el tema del matrimonio, la familia y los niños es de extrema sensibilidad, y se encuentra regulado en el Código de la Niñez y la Adolescencia⁵⁵,

⁵⁴ Reformado por el artículo único de la ley N° 9697 del 16 de julio de 2019, "Reforma artículo 51 de la Constitución Política para garantizar la protección especial del Estado a las personas con discapacidad.

⁵⁵ Véase artículos 35 y 131.

el Código de Familia⁵⁶, en la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, e incluso, la Ley Contra la Violencia Doméstica, Ley N° 7586, de fecha 10 de abril de 1996, por la vía del artículo 3 inciso h), pero también, en tratados internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño, Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, o el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Ley N° 7746 del 23 de febrero de 1998.

En todos esos instrumentos y cuerpos legales está la familia y las personas menores de edad como el foco o centro de regulación, donde, independientemente de la separación o divorcio exista espacios de responsabilidad parental y afectos a los menores, como miembros que requieren recursos, valores y relaciones, que les permitan desarrollarse plenamente⁵⁷.

En este mismo sentido, véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 3125-92 de las 16:00 horas del 20 de octubre de 1992 que, en cuanto interesa, dice:

“... III- Los principios señalados en los artículos 51 y 55 de la Constitución Política y 3, 4, 6, 18, 19, 24 y 27 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 7184 de 18 de julio de 1990, en orden a declarar la obligación del Estado de otorgar especial protección al niño para su bienestar, apuntan todos ellos en una misma dirección y le dan la especial connotación de ser materia de interés público, en tanto en el niño como ser humano, como en la educación, preparación, desarrollo, contenido y conformación de los valores morales y espirituales con los que se les dote o inculquen, descansa el futuro de la nación costarricense. Por ello cuando la Constitución Política habla de la "Protección Especial" que el Estado debe otorgar al niño (arts. 51 y 55), alude a que corresponde a los poderes públicos velar por que se haga efectiva esa garantía, tomando todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas y compartiendo con los padres alcanzar la plenitud de esos propósitos, en la medida que corresponde a éstos dirigir la satisfacción de las necesidades materiales, así como orientar y promover su desarrollo espiritual y en general, todo lo que concurra a la determinación y formación de la personalidad del niño, a fin que pueda incorporarse beneficiosamente a la sociedad.”

Es cierto que la familia está cambiando aceleradamente, ante todo, porque hoy en día la familia no es necesariamente institución de matrimonio. El matrimonio, tal como lo conocimos desde hace siglos está en un proceso de replanteamiento en todo el mundo, justamente por ser soslayado, y por la cantidad de divorcios de parejas, en una relación que, por cada dos que se casan, se separa una.

⁵⁶ Véase por ejemplo los artículos 56 y 152.

⁵⁷ La Nacion.com/Opinión
Sábado 07 de de marzo de 2015/Publicado en edición impresa
www.lanacion.com.ar/1774074-la-familia-factor-clave-para-el-desarrollo-socialo

Otra característica consiste en el embarazo adolescente son la fragilidad de los vínculos y la dificultad para planear la vida parental. Por ejemplo, en EEUU más del 40% de las nuevas madres no están unidas o casadas y el 60% de los nacimientos de esas madres menores de 30 años.

Estas transformaciones de la estructura familiar tienen consecuencias, ante todo, la inestabilidad de sus padres, afecta la imagen paterna/materna, que es esencial para su crecimiento. Asimismo, los menores de edad tienen menos posibilidad de estar cotidianamente con sus padres.

El nacimiento fuera del matrimonio y el divorcio, producen, en mayor o menor grado, efectos negativos, sea en la parte afectiva, con efectos en la salud y la esperanza de realización de proyectos de vida de los hijos. En efecto, investigaciones longitudinales han sugerido que el divorcio de los padres aumenta la incidencia de problemas de salud en los hijos. En cambio, los niños dentro del matrimonio, cuando no este de por medio trastornos, ciclos de violencia, o consumo de sustancias, llevan asociadas ventajas de salud claras, incluso si se considera el rango socioeconómico de la familia.

Un estudio realizado sobre toda la población infantil de Suecia descubrió que los hijos educados en hogares monoparentales tenían un 50% más de probabilidades de morir por causas como el suicidio, accidentes o adicción a las drogas que los hijos educados en hogares con ambos padres. Los efectos de la estructura familiar sobre la salud se extienden a la vida adulta de los niños⁵⁸.

Aquí hemos querido resumir brevemente algunos aspectos de la problemática de la familia, debido a que el proyecto de ley en estudio, habla de soluciones vinculadas a la crianza, o como excepción a la monoparentalidad, exponiendo criterios judiciales y obligaciones de los padres, siempre sobre el derecho afectivo del menor.

Lo anterior tiene como fin subrayar el criterio global de la legislación de familia, que es, de suyo, un aspecto esencial para el operador jurídico.

VI. ANÁLISIS DEL ARTICULADO

De seguido realizaremos el análisis jurídico sobre el articulado de la propuesta, referente a la regularización de la crianza compartida y la reforma del artículo 159 del Código de Familia.

⁵⁸ Social Trends Institute, Nueva York – Barcelona, El matrimonio importa, veintiséis conclusiones de las ciencias sociales, pág 49.

Artículo 1-

Con respecto al objeto que señala el proyecto de ley es importante señalar que, si bien es cierto el garantizar que las personas tengan el derecho de vincularse cotidianamente con sus ascendientes, ya está reconocido en la normativa vigente, desde el Código de la Niñez y Adolescencia, el Código de Familia, y el nuevo Código Procesal de Familia, sancionado por el Poder Ejecutivo el 23 de octubre de 2019, es decir, ya se encuentra presente en la legislación referente a los niños y las niñas en nuestro país y en los compromisos internacionales que se han asumido, de tal forma que el objetivo de esta ley, ya se encuentra inserto, regulado en la legislación nacional.

Esta asesoría considera que la redacción del artículo no es adecuada según la técnica legislativa, en razón de que el objeto de una ley debe ser preciso y simple, y no utilizar prosa –párrafo primero-, de tal forma que deje en claro sus intenciones y no se preste a confundir a los operadores jurídicos. En el caso que nos compete la redacción es poco jurídica y imprecisa, como: marco de modelo tradicional, prole, benefactor. Además, en las últimas líneas del párrafo primero, se incluyen criterios no relacionados con el método deductivo del derecho, que es subsumir en las normas figuras objetivas.

Además, se hace referencia a “Costa Rica”, lo cual no es técnicamente correcto pues se sobre entiende que este Parlamento dicta leyes de forma soberana las cuales, por el principio de territorialidad, solo surten efecto en nuestro país, tal como se desprende del artículo 129 de la Constitución Política.

Sobre el párrafo segundo, que tiene como objetivo acuerdos o regímenes (son dos figuras distintas, el primero voluntario, el segundo impuesto), de llegar a crianza compartida, tiene dificultades prácticas, de trasladar al menor constantemente de un lugar a otro (pues en separaciones lo normal es que no se habita en el mismo techo) –visión adultocéntrica- y sin considerar la voluntad o el principio superior de la persona menor de edad.

Sobre el tema del **acuerdo sobre la guarda o custodia de una persona o de un régimen de interrelación familiar, el nuevo** Código Procesal de Familia, Ley N° 9747, del 23 de octubre de 2019 indica:

Artículo 20- Pretensiones de ejecución de acuerdos y modificaciones de sentencias

*Cuando se pretenda la ejecución de un **acuerdo sobre la guarda o custodia de una persona o de un régimen de interrelación familiar** que hubiera sido homologado por un tribunal que no tiene competencia material para ejecutarlo, será competente el de la residencia actual de la persona a cuyo favor se pretende el derecho. En tal caso, la parte que pretende la ejecución aportará copia certificada del acuerdo homologado.*

Si se trata de la modificación del fallo sobre la guarda o custodia o de un régimen de interrelación familiar, será competente para conocer dicha pretensión el juzgado de la residencia habitual o domicilio de la persona a cuyo favor se verificó el fallo. En tal caso, esta presentará copia certificada de la sentencia o del acuerdo homologado que pretende modificar. Una vez resuelto el asunto, se remitirá oficio al juzgado que dictó la sentencia modificada, que deberá incorporarla al expediente. En caso de ser necesario para la tramitación del proceso de modificación, se podrá pedir al despacho del fallo original enviar el expediente al nuevo despacho en carácter de vista, debiendo devolverse junto al oficio indicado una vez terminado el proceso de modificación.

En esa misma inteligencia, todo el andamiaje –constructo- del nuevo Código Procesal de Familia asociado con la custodia de la persona menor de edad se finca en que se otorga dicha responsabilidad a una sola persona, institución, organismo, diferente a la responsabilidad parental, que en caso de los progenitores, si es de ambos. Véase por ejemplo los artículos 307, 308 inciso 1), 48 recién reformado del Código de Familia por esa Ley 9747. También se reformó el artículo 141 del Código de Familia (de acuerdo con el transitorio pronto tendrá eficacia jurídica), mismo que dice:

*Artículo 141- Atributos de la responsabilidad parental. Derechos y obligaciones. Irrenunciabilidad
Los derechos y las obligaciones inherentes a los atributos de la responsabilidad parental no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo relacionado con la custodia personal de los menores de edad.*

Para que no quede duda, en la reciente codificación procesal que modificó normas del código de fondo, Código de Familia, especialmente el artículo 152 que inquiriere:

*Artículo 152- Hijos menores de edad. Atributos de la responsabilidad parental
En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, la autoridad judicial que lo tramita, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores de edad, dispondrá todo lo relativo a los atributos de la responsabilidad parental referidos a los derechos personales, entre ellos, la custodia personal de ellos y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de estos.*

Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores podrá ser modificado a solicitud de parte interesada o del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), todo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancia.

Como se ve lo que pretende el Proyecto de Ley ya quedó técnica y suficientemente regulado con los cambios a profundidad que se dieron con la aprobación del Código Procesal de Familia (Ley N° 9747) que reformó una cantidad abundante de normas del Código de Familia, Ley N° 5476.

En razón de lo anterior, si las y los señores diputados decidieran continuar con el conocimiento de la presente propuesta de ley, se recomienda reformular la redacción de la norma en análisis para que la misma cumpla con los parámetros de una adecuada técnica legislativa y no colisione con toda la normativa aprobada, en consulta y con opinión de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 2-

Esta norma parte confunde la responsabilidad parental que es un concepto amplio, con la custodia, guarda crianza, que es un elemento de aquella, y que el juez define a quien se la otorga, generalmente, a la madre, como ampliamente se desarrolló en apartes anteriores de este Informe. Pero además el artículo contradictoriamente, aun cuando mencione separación o divorcio, parte del supuesto fáctico que los padres, participen activa y cotidianamente (a diario) con la persona menor, casi como si conviviesen en el mismo sitio con el menor.

Dentro de la redacción de esta norma, nos encontramos que existe un trato conjunto entre la guarda, la crianza y educación, de las personas menores y la responsabilidad que implican para los padres.

Si la guarda, crianza y educación fuera compartida, y no dada a una sola parte, afecta de forma indirecta todas las reglas atinentes a los procesos de pensiones alimentarias, pues si ambos tuvieran crianza compartida no habría deberes alimentarios impuestos para uno de ellos, puesto que esos igualmente serían compartidos, es decir, la norma tiene efectos colaterales a la aplicación de la Ley de Pensiones Alimentarias, Ley N^o 7654, del 19 de diciembre de 1996.

Se recomienda dar reflexión a la figura que se introduce con esta norma, pues rompe todo el esquema (sin afectaciones expresas a leyes vigentes) sobre el cual está diseñado todo el esquema del Derecho de Familia.

Otro comentario, se observa que la norma encuentra fundamento en el principio de cooperación y mutuo auxilio que deben tener los padres hacia las personas menores de edad de quienes son responsables, y que dicha premisa está comprendida en el vigente artículo 34⁵⁹ del Código de Familia, pero ello, en circunstancias de normalidad de la relación parental, pero, esta asesoría tiene duda si esta misma regla –artículo 2- se pueda aplicar, así como está redactada, en situaciones de anormalidad de la relación, como la separación o el divorcio.

⁵⁹ **“Artículo 34.-** Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos, justifique residencias distintas.”

Y con respecto a las condiciones de normalidad de la relación parental, donde la crianza es compartida, cabe señalar la reciente reforma al artículo 35 del Código de Familia (Tramitada en el Expediente 21296 con redacción final al 7 de octubre de 2019), la cual disipa la inconsistencia de la ley, dejando de lado la odiosa división entre las responsabilidades de los padres de los menores de edad dentro del vínculo matrimonial y le otorga igualdad de responsabilidades, tanto al padre como a la madre en el cuidado y manutención de los hijos e hijas a su cargo. Dicha norma quedó así:

Artículo 35- Obligación de sufragar proporcionalmente los gastos de la familia

Ambos cónyuges son responsables de sufragar las necesidades y los gastos de la familia y cada uno responderá proporcionalmente de acuerdo con sus aptitudes, posibilidades e ingresos económicos, así como la obligación para ambos de compartir el trabajo doméstico y de cuidado, y la responsabilidad parental sobre los hijos e hijas y familiares dependientes.

El cónyuge que desempeñe, exclusivamente o en una mayor proporción que el otro cónyuge, el trabajo doméstico no remunerado en el hogar y al cuidado de los hijos e hijas o familiares dependientes tendrá derecho a que dichas labores se estimen como su contribución económica al sostenimiento del hogar en la proporción correspondiente.

Las mismas disposiciones serán aplicables para las uniones de hecho.

Entonces, cuanto al fondo del artículo en examen, se debe tener presente en materia de menores de edad, que prevalece el principio del “interés superior del menor”. De tal forma que el juez debe fallar u homologar en un divorcio, entre otros aspectos, lo referente a elegir con quién quedan los niños, ello de conformidad con lo que le convenga a los menores. Precisamente esto está regulado en el artículo 56 del Código de familia, que no se afecta en este proyecto de ley, que dice lo siguiente:

Artículo 56.- *Al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquéllos. Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirían las funciones de tutor. El Tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concierne a las relaciones personales entre padres e hijos. Cualquiera que sea la persona o institución a cuyo cargo queden los hijos, los padres quedan obligados a sufragar los gastos que demanden sus alimentos, conforme al artículo 35.*

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

Como vemos, el juez posee rango de apreciación, por su experiencia y conocimiento de la materia específica, de razonar con respaldo de prueba, con quién quedan los hijos menores de edad, o bien lo acuerden los padres cuando el divorcio se dé, por mutuo consentimiento, y siempre que sea homologado por la autoridad competente, de tal forma que el parámetro esencial que debe tomar en cuenta la parte juzgadora deberá ser el mayor beneficio para las personas menores de edad. Todo esto difiere, se opone a lo que establece el artículo 2 de amplio comentario.

Artículo 3-

Se establece en la norma en análisis, que la monoparentalidad se planteará únicamente como excepción, de modo que uno de los progenitores no ejercerá la guarda, crianza y educación de sus hijos, en las circunstancias señaladas en los cuatro incisos manifestados en este artículo, a saber: por fallecimiento, traslado fuera del país, por la manifestación del deseo expreso de no ejercerla, o en razón que así lo disponga la autoridad competente.

Con respecto a esta norma, esta asesoría considera que la misma contiene situaciones que la hacen jurídicamente inviable, en específico, la posibilidad de renunciar voluntariamente a lo que tanto el Derecho penal, como el Derecho de familia, establece como una obligación. Este tipo de renuncia no procede, incluso podría rozar el artículo 51 de la Constitución Política, en ese sentido, los progenitores, incluso, otros parientes, cuando éstos no estén, no pueden renunciar por su voluntad al cuidado y responsabilidades que tienen para con sus hijos e hijas, y de hacerlo podrían estar cometiendo un delito, al respecto señalamos lo que establece el artículo 187, del Código Penal:

Artículo 187. Incumplimiento de deberes de asistencia *El que incumpliere o descuidare los deberes de protección, de cuidado y educación que le incumbieren con respecto a un menor de dieciocho años, de manera que éste se encuentre en situación de abandono material o moral, será reprimido con prisión de seis meses a un año o de veinte a sesenta días multa, y además con incapacidad para ejercer la Patria Potestad de seis meses a dos años. Al igual pena estará sujeto el cónyuge que no proteja y tenga en estado de abandono material a su otro cónyuge. En este caso y en los previstos por los artículos 185 y 186, quedará exento de pena el que pagare los alimentos debidos y diere seguridad razonable, a juicio del Juez, del ulterior cumplimiento de sus obligaciones.*

Por otra parte, y en el mismo orden de ideas, se manifiesta el artículo 185 del mismo Código, en donde se regula lo concerniente al derecho alimentario.

Artículo 185.- Incumplimiento del deber alimentario. *Se impondrá prisión de un mes a dos años o una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No.7337, del 5 de mayo de 1993, al padre, adoptante,*

tutor o guardador de un menor de dieciocho años o de una persona que no pueda valerse por sí misma, que deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omite prestar los medios indispensables de subsistencia a los que está obligado.

El juez podrá aumentar esa pena hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y gravedad de la acción.

La misma pena se les impondrá a los obligados a brindar alimentos.

La responsabilidad del autor no queda excluida por el hecho de que otras personas hayan proveído medios de subsistencia.

Igual pena se impondrá al hijo respecto de los padres desvalidos y al cónyuge respecto del otro cónyuge, separado o no, o divorciado cuando esté obligado, y al hermano respecto del hermano incapaz.

Tal como podemos desprender de los artículos transcritos, el simple hecho de abandonar el país, o la manifestación de no querer cumplir o dejar de hacerlo con las responsabilidades inherentes a paternidad, no podrán ser justificaciones para el incumplimiento de las obligaciones que la ley le establece a los padres o madres con respecto a sus hijos e hijas.

Podemos concluir que la norma en análisis se encuentra en contradicción con la normativa vigente en esta materia, y no solo con la legislación doméstica, sino con instrumentos internacionales, como la Convención de los derechos del niño, Ley N° 7184, de fecha 18 de julio de 1990, y por lo tanto no es viable jurídicamente.

Con la intención de corregir esta situación, esta asesoría recomienda que en los artículos 141 y 152 del Código de Familia, se podrían consignar estas conductas. Mismas que se refieren a lo que se denominaba anteriormente “patria potestad” y que ahora se le llama “responsabilidad parental”, en forma más correcta y procurando incluir en el término tanto a la madre, como al padre de las personas menores de edad, y dándole una redacción más inclusiva.

En razón de lo anterior, esta asesoría considera que este artículo, tal y como está construido es inviable mientras no se resuelvan las contradicciones e inconsistencias de los artículos correspondientes en el Código Penal y en el Código de Familia.

Por último, quisiéramos llamar la atención que en lo señalado en los incisos 2 y 3, referente a la residencia fuera del país o la manifestación de no asumir las responsabilidades de la guarda, crianza y educación, parecieran excepciones, no justificables para no asumir en forma debida las obligaciones señaladas en la ley en vigor, con respecto a los deberes hacia los hijos e hijas.

Artículo 4-

En la norma en análisis se establece que el juez no podrá fundar sus decisiones con respecto a las personas menores de edad en la capacidad económica de los progenitores.

Además, que en las resoluciones referentes a las condiciones de las y los hijos, se establecerán, tanto las condiciones referentes al progenitor donde habita el menor, como las condiciones en que la otra parte mantendrá su relación con este, de tal forma que se garantice una adecuada distribución de los tiempos, siempre tomándose en cuenta el bienestar de los menores y lo que se pueda considerar más beneficioso para los mismos.

Con respecto al fondo de lo señalado en esta norma, es importante mencionar que estas situaciones ya se encuentran reguladas en el Código de Familia y en la frase in fine, del párrafo único de la norma, se hace referencia a *“los criterios dispuestos en las leyes vigentes y los tratados internacionales que traten el tema”* que, dentro de una buena técnica legislativa, la frase no alude a nada en particular, es abstracta, ambigua, indeterminada, no remite a relación o concordancia alguna.

Por otro lado, parte de la redacción del artículo 4, contradice en buena medida el artículo 2 de la misma propuesta sobre crianza compartida, determinando esa asesoría serios problemas de inseguridad jurídica en el diseño y sobre todo en los efectos que pudiera tener para jueces, partes y sobre todo para la persona menor de edad.

Artículo 5-

Este es uno de los textos que bien puede ser retomado en una reforma al Código de Familia, pues brinda criterios, muchos de ellos objetivos, de acatamiento para el juez, relacionados con la figura de la crianza o del régimen de interrelación familiar.

Yéndonos a la norma, el artículo establece las diferentes circunstancias que deberá considerar el juez para el establecimiento de un acuerdo que, en la medida de los posible, garantice las mejores condiciones para las y los hijos, en las cláusulas referentes a su cuidado, guarda y crianza.

Para estos efectos el juez contará con el apoyo de peritos en psicología, los cuales darán elementos confiables para los procesos de toma de decisión, medida que es altamente positiva.

Primeramente, se considera que el epígrafe –título- de este artículo, debería incluir la frase “y de peritos”, con el fin que describa de mejor manera el contenido de la norma. Estos serán los que le brinden al juez los insumos necesarios para la toma de decisiones y la implementación del acuerdo.

Esta asesoría recomienda a las señoras y señores diputados considerar la posibilidad que no sean únicamente peritos en psicología quienes puedan coadyuvar con el juez en la toma de decisiones y considerar la posibilidad de que sean equipos interdisciplinarios los que lleven a cabo estas recomendaciones, como por ejemplo trabajadores sociales, profesionales en siquiatria, etc.

En relación a los incisos, como criterio de forma no usar el ordinal ch). Justamente en ese inciso ch) no es correcta por técnica de ley, la frase que dice “...para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en la legislación vigente en este tema”, de cuál legislación habla, a cuál se refiere? Sobre los demás incisos no se tiene reparo alguno. Solamente indicar que el lenguaje utilizado en los incisos ch), d) y e) no es inclusivo respecto de las niñas o hijas.

Artículo 6-

Nuevamente la norma hace referencia a la importancia que debe dar el juez a la relación que deben tener las hijas y los hijos con ambos progenitores y la corresponsabilidad de ambos. Se puede observar que su contenido es muy similar a lo señalado en artículo segundo ya analizado del proyecto, por lo que reiteramos nuestro criterio.

Tiene frases no susceptibles de norma jurídica como “El padre o la madre que ejerza el cuidado del hijo (revisar género), **de manera más directa...**” y luego añade, esto es aquel a quien se le confió la guarda, crianza y educación de este (contrario a lo que dice el artículo 2 sobre crianza compartida). Luego en lugar de obstaculiza pareciera que va “obstaculizar” y revisar el y/o basta con poner “o” de acuerdo con los filólogos de esta Asamblea. De seguido dice “Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho, cuando manifiestamente se perjudique el bienestar del hijo (revisar género), lo que declarará el tribunal fundadamente.” Esto ya está incorporado en la normativa de familia vigente, que ya hemos hecho referencia.

Entonces, con respecto a la redacción de la norma se recomienda darle una nueva redacción.

Artículo 7-

Con este artículo se propone el otorgarle facultades al juez respectivo, en los casos en que los progenitores tengan una incapacidad física o moral, que impida

la adecuada atención de sus hijos e hijas menores de edad, otorgándose la tutela a otras personas, y agrega, respetando el mejor interés del niño o la niña. En la elección se preferirá a la familia consanguínea y en especial los ascendientes.

Cabe señalar que como ya se ha mencionado, la legislación nacional, en específico el Código de Familia, ya hace mención sobre esta situación, en específico en los artículos 56 y 152 del mismo cuerpo legal, mismos que ya han sido señalados en este Informe, y que también tienen relación con el artículo 141.

Sobre el tema de la incapacidad física, atender todos los postulados de no discriminación inmersos en la Ley N° 7600, y sobre la incapacidad moral es un concepto que no tiene contorno ni constructo, es absolutamente indeterminado para ser apreciado con objetividad.

Artículo 8-

En la norma se pretende legislar sobre el derecho que tiene la persona menor de edad de mantener una relación directa y regular con sus abuelos maternos y paternos, así como con su familia consanguínea y la extensa.

Por lo que a falta de acuerdo entre las partes será el juez el encargado de establecer la modalidad en que se desarrollará esta relación.

En relación al derecho que tienen los niños y las niñas de mantener una relación con sus abuelos, paternos o maternos, volvemos a insistir que ya está regulado en el artículo 152 del Código de Familia, el cual volvemos a citar, y señala:

*“**Artículo 152.-** En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos **y los abuelos de éstos**. Queda a salvo lo dispuesto para el divorcio y la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos.
(...)”*

Como señala la norma, nuestra legislación pretende evitar la separación de las personas menores con la familia, sea de uno u otro padre, es decir, que el conflicto familiar que plantea no distancie a los abuelos de la persona menor de edad.

En la norma propuesta existe la novedad de pretender incluir a lo ya normado en el Código de Familia –abuelos-, lo referente a la familia extensiva, la cual tiene gran importancia en el desarrollo de los menores.

Dicha modificación podría realizarse afectando de forma puntual al artículo transcrito del Código de Familia.

En la actualidad es frecuente que los abuelos cuiden y se relacionen mucho con los nietos. Esta asesoría es del criterio que la relación es altamente beneficiosa para los niños, junto con la de sus padres. Motivo por el cual se recomienda adicionar parte de este artículo –familia in extenso- al Código de familia.

Una investigación de la Universidad de Boston ha señalado que:

“La relación abuelos/nietos es muy importante, puesto que es bien conocido el trascendente papel que juegan los abuelos y los menores en la familia. La ciencia confirma ahora la necesidad de fomentar estas relaciones en beneficios de todos, puesto que los efectos psicológicos beneficiosos son reales y mensurables.

La relación con sus abuelos es un bálsamo para los nietos, pero también para los propios abuelos. En una sociedad como la de hoy, en la que cada vez más veces padre y madre trabajan fuera del hogar, la ciencia ha observado que los abuelos que tienen una estrecha relación con sus nietos suelen padecer menos depresiones. Los resultados de la investigación, asimismo, han mostrado que los nietos también se benefician psicológicamente de la relación con sus abuelos, influyéndoles en su bienestar psicológico hasta bien entrada la edad adulta.⁶⁰”

Esta otra investigación inglesa habla sobre el tema:

“Las estadísticas demuestran que cerca de las tres cuartas partes de los adultos se convertirán en abuelos algún día, y la edad media para llegar a serlo se encuentra alrededor de los 57 años. Por lo tanto, un gran número de personas van a ser abuelos aproximadamente durante un tercio de su vida útil. Además, con la caída de la fecundidad y el envejecimiento demográfico de las sociedades occidentales industrializadas, las redes familiares están cambiando sustancialmente, y los abuelos puede decirse que juegan un papel cada vez más importante en la crianza de los más pequeños.⁶¹”

⁶⁰ Lo han observado investigadores en un estudio del Instituto sobre el Envejecimiento de la Universidad de Boston. El estudio va a ser presentado en la 108 reunión anual de la Asociación Americana de Sociología; los expertos estudiaron a 376 abuelos de unos 77 años y 340 nietos de 31 años. En: Internet: <https://omicron.espanol.com/2013/08/la-relacion-entre-abuelos-y-nietos-un-beneficio-psicologico-mutuo/> 23/8/18.

⁶¹ Para mayor abundamiento sobre dicha investigación se tiene que: Actualmente abuelos y nietos se ven unos a otros con relativa frecuencia. En una encuesta pasada hace unos años en el Reino Unido mostró que alrededor del 30% de los abuelos veían a sus nietos varias veces por semana, mientras que otro 32% dijo que veía a sus nietos menos de una vez al mes. La relación entre ambos es generalmente (aunque no siempre) muy cercana, satisfactoria y no conflictiva, y es vista como muy positiva e importante por ambas generaciones.

Reiteramos que la materia que pretende legislarse ya se encuentra parcialmente regulado en el Código de la especialidad, por lo que se sugiere realizar allí los cambios deseados, advirtiendo que el vínculo con los abuelos ya está normado.

Artículo 9-

En la norma se propone que el Estado costarricense, por medio del Patronato Nacional de la Infancia, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense del Seguro Social, se comprometen a definir políticas públicas que fomenten las prácticas de crianza compartida en condiciones de equidad entre los progenitores, y siempre velando por el mejor interés de la persona menor de edad.

Las políticas públicas son los planes, proyectos y actividades que un Estado diseña y gestiona a través del gobierno y el conjunto de las administraciones públicas, con el fin de satisfacer las necesidades de una sociedad. Estas políticas públicas también pueden entenderse como las acciones, medidas regulatorias, leyes, y prioridades de gasto sobre un tema, promulgadas por una entidad gubernamental, dándole una determinada dirección al gobierno que las promueve. De tal forma que son un curso de acción propositivo establecido para responder a un problema o un conjunto de problemas de interés público que atañen a personas o colectivos de la sociedad.

En el caso de nuestro país, le corresponde al Ministerio de Planificación, MIDEPLAN, ser el ente rector del Sistema Nacional de Planificación (SNP) en concordancia con lo establecido en la Ley de Planificación Nacional N° 5525, quien elabora los lineamientos generales de las políticas públicas de nuestro país, las cuales se encuentran a disposición del Estado costarricense, con el propósito

Y es que los abuelos y los nietos suelen hacer todo tipo de cosas juntos, como participar en eventos familiares, compartir la historia familiar, jugar juntos, ir de vacaciones, ir de compras, ver la televisión o vídeos, etc.

Los psicólogos lo han descrito como puro y “emocionalmente simple”, los abuelos experimentan toda la alegría y el afecto de igual forma que los padres, pero que no acarrear con las tensiones diarias y responsabilidades de la crianza del niño. La investigación muestra que se trata de una relación de beneficio mutuo. En un estudio, los investigadores encuestaron a 1.596 niños, con edades comprendidas entre 11 a 16 años y encontraron que la participación de los abuelos en la vida de los niños les llevó a ajustarse mejor y a ser adolescentes mentalmente más sanos. Éstos son algunos de los beneficios específicos que los niños reciben de sus abuelos.

Otro de los hallazgos del estudio fue que casi un tercio de los abuelos cuidaba regularmente de sus nietos. “Los abuelos de niños con padres que trabajan pueden proporcionar un hogar más estable y no se quedan solos cuando los padres están trabajando hasta tarde”, dice Susan Newman, una psicóloga social experta en crianza de los hijos. Newman señala que los abuelos pueden ayudar con la crianza de niños sanos, proporcionando comidas y apoyo constante, a la vez que sirve como un nivel adicional de seguridad. Véase en Internet: <https://omicrono.elespanol.com/2013/08/la-relacion-entre-abuelos-y-nietos-un-beneficio-psicologico-mutuo/> 23/8/18.

de orientar los procesos de planificación estratégica de mediano y largo plazo que se llevan a cabo por medio de Políticas Públicas y sus Planes de Acción, como estrategias para solucionar, atender u orientar los problemas que aquejan a la sociedad costarricense.⁶²

Volviendo a lo señalado en la norma en análisis, la mencionada competencia incorporada en el artículo 9 *sub examine*, la tiene actualmente el PANI, por la vía de su Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley N° 7648, de fecha 09 de diciembre de 1996, que en su artículo 11 inciso a) señala:

ARTÍCULO 11.- Atribuciones

La Junta Directiva tendrá las siguientes atribuciones:

a) Coordinar, conforme lo establece la presente ley y demás normativa, las políticas nacionales en materia de infancia, adolescencia y familia y velar por su cumplimiento; asimismo, establecer las políticas institucionales relativas a menores de edad.

(...)

Con respecto a las atribuciones con que cuenta el Patronato Nacional de la Infancia, la Procuraduría General de la República ha señalado en su Dictamen N° 134, del 16 de junio de 2017, lo siguiente:

II.- SOBRE LAS ATRIBUCIONES DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA. La Constitución Política ha establecido que el Patronato Nacional de la Infancia es la institución autónoma encargada de la protección especial de los menores de edad. Al respecto, en reiterados pronunciamientos, este Tribunal ha resuelto, en lo conducente:

***“(...) El legislador Constituyente en aras de proteger a la madre y al menor, creó con rango Constitucional, el Patronato Nacional de la Infancia, convirtiéndola en la Institución rectora, por excelencia, de la niñez costarricense. Este sentimiento expresado en esta norma, está indudablemente unido también al interés de proteger a la familia como uno de los pilares fundamentales de nuestra sociedad. Los artículos 51 y 55 preceptúan pues, dos de los valores más arraigados de nuestro pueblo, valores que, gracias a la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hoy son compartidos a nivel mundial, existiendo consenso sobre el deber del Estado de proteger siempre, el interés superior del menor. (...)**” (Sentencia N° 227-93 de las doce horas treinta y seis minutos del quince de enero de mil novecientos noventa y tres). ...*

*En el ámbito infraconstitucional, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley N° 7648 de nueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, establece que dicha institución **tiene como fin primordial proteger, especialmente, y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, como elemento natural y pilar de la sociedad** (artículo 1°),*

⁶² <https://www.mideplan.go.cr>

atendiendo uno de los principios que informan esta materia, cual es la tutela del interés superior del niño o niña (artículo 2° de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia). (Sala Constitucional, resolución número 2011003083 de las ocho horas y treinta y dos minutos del once de marzo del dos mil once. El resaltado no es del original)

De tal forma que ninguna otra Institución podrá contar con estas atribuciones, siendo que la propia Constitución Política, el Constituyente, le otorgó esa competencia al PANI; ciertamente el artículo 55⁶³ constitucional es aquel donde se le otorga a esa Institución la protección de la niñez; lo que no impide, por supuesto, coordinar con otros Ministerios o Instituciones estatales sus labores, sin que esta coordinación venga a debilitar la competencia y la función del PANI.

En conclusión, llamamos la atención de las señoras y señores legisladores para que se considere realizar estos cambios en la normativa correspondiente, y no dispersando legislación, la cual no contribuye a la unidicidad del ordenamiento jurídico.

Artículo 10-

La norma en análisis pretende que el Patronato Nacional de la Infancia cree el Programa de Academia de la Crianza, en cada una de sus sedes, con el fin de apoyar el ejercicio de la responsabilidad parental.

Además, establece el artículo que el PANI, deberá tomar acciones más especializadas brindando atención psicoterapéutica en relación a las necesidades de una adecuada crianza compartida. En adición señala que la institución deberá reorganizar sus recursos humanos y financieros, con el fin de cumplir con lo señalado en esta norma.

Con respecto al fondo de la norma, debe tomarse en cuenta la autonomía con que goza el PANI, de tal forma que la intención de incorporar obligaciones a esta institución autónoma implica la realización de una consulta obligatoria, ello bajo el alero del principio de autonomía que goza.

Con el objeto de ahondar en este asunto, cabe señalar que la Institución en su ley orgánica le faculta para crear programas, sin necesidad que en otras leyes sea señalado así. En otras palabras, el PANI ya estaría habilitado para crear motu proprio el Programa Academia de Crianza.

⁶³ *ARTÍCULO 55.- La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.(...)*

Por otra parte, el artículo 11 de la Ley Orgánica del PANI, Ley N° 7648 de 09 de diciembre de 1996, le otorga las siguientes atribuciones: en el inciso “f) Autorizar la creación de programas y proyectos de la entidad, así como fiscalizar su ejecución.” También en el inciso “i) Crear las oficinas y los servicios requeridos para la consecución de sus fines.”

Por otra parte, el artículo 29 de la misma ley indica que, en cada oficina local, se integrará una Junta de protección a la niñez y la adolescencia, como órgano de apoyo para ejecutar los planes, programas y proyectos del Patronato en sus diferentes sedes.

Con respecto al financiamiento es importante señalar lo señalado en los artículos 32 incisos b) y c), y en el artículo 34, en donde se hace referencia a las fuentes de financiamiento para que se cumplan las finalidades de ley y se desarrolle este tipo de programas.

Por último, es importante señalar que en el Patronato Nacional de la Infancia ya existe un Programa dedicado a la relación de las personas menores de edad en referencia a sus familias, el cual es llamado: “Academia de Crianza”, que según señala la propia página Web de la institución, tiene como objetivo este tipo de relaciones, y lo indica en los siguientes términos:

“La Academia de Crianza del Patronato Nacional de la Infancia es un programa sistematizado, desarrollado y orientado a la promoción de los derechos y el desarrollo integral de los niños, niñas y personas adolescentes en el ámbito familiar, por lo que se trabajan temas en torno a la crianza con ternura, una vida libre del castigo físico y el trato humillante.

En el año 2014 se da la creación oficial del Programa Nacional de Educación a la Familia: Academia de Crianza. La metodología y accesibilidad de este servicio ha permitido que participen personas referidas por los diferentes Juzgados y otras instancias, así como el público en general; con lo cual la Institución contribuye con mayor amplitud al desarrollo de una cultura garante de derechos.

Este servicio inicialmente surge en oficinas centrales en San José y paulatinamente se ha dado a conocer en virtud de que las Direcciones Regionales y oficinas locales del PANI han iniciado la implementación del mismo en sus propias sedes por todo el país.

La finalidad de la Academia de Crianza es responder a las necesidades sentidas por las familias y al mandato legal establecido desde la Constitución Política, que establece obligatoriedad de apoyarlas en los procesos de crianza. La Academia de Crianza centra su misión en la educación a la familia un eje fundamental en la Política Pública de Niñez y Adolescencia aprobada por Costa Rica en el año 2009.”

La Academia de Crianza del Patronato Nacional de la Infancia es un programa que busca acompañar a las familias en sus procesos de crianza, mediante el trabajo grupal con personas adultas que están a cargo de niños, niñas o personas adolescentes.

Se trabaja en grupos dependiendo de las necesidades de las familias, para lo cual se han creado distintas modalidades y metodologías de trabajo. De esta manera, profesionales de distintas disciplinas trabajan con las familias en las Oficinas Locales, las Direcciones Regionales, las Unidades Móviles, los Centros de Intervención Temprana y distintas instancias de PANI. Asimismo, PANI trabaja este programa en conjunto con otras instituciones y organizaciones que también tienen como objetivo brindar herramientas a las familias para promover procesos de crianza respetuosos y positivos.⁶⁴

Artículo 11-

En esta norma se autoriza al PANI para establecer convenios interinstitucionales y acciones para que se cumpla con los alcances de lo que señala el Proyecto de Ley.

A la luz de lo que señala este artículo, se tiene que el artículo 4 de la mencionada Ley Orgánica del PANI, dice en su inciso “q) *Suscribir convenios de cooperación, nacionales e internacionales, para apoyar y fortalecer el cumplimiento de los objetivos de la Entidad.*”

Por otra parte, el artículo 11 inciso ñ) inquiriere que la Junta Directiva puede “ñ) *Aprobar los convenios que la Institución lleve a cabo con otras instituciones, tanto públicas como privadas.*”

En conclusión, esta asesoría considera que la norma en análisis no es necesaria, debido a que como se ha planteado, las autorizaciones señaladas ya se encuentran habilitadas en la mencionada ley.

Artículo 12, que reforma el artículo 159 del Código de Familia, Ley N° 5476

En este último artículo de la ley propuesta se incluye la reforma del artículo 159 del Código de Familia, en donde se pretende incorporar únicamente un nuevo inciso 7, vale decir, no es la reforma de alcances mayores.

Con el fin de que las señoras y señores legisladores tengan un panorama más claro de la reforma propuesta, esta asesoría incluirá un Cuadro Comparativo en donde se consignara en la columna de la izquierda la norma actual y en la columna de la derecha la norma propuesta, veamos:

⁶⁴ <https://pani.go.cr/educacion/academia-de-crianza/1239-academia-de-crianza>.

Cuadro Comparativo

<p>Texto Actual Ley N° 5476</p>	<p>Texto Propuesto Proyecto de Ley N° 212270</p>
<p>Artículo 159.- La patria potestad puede suspenderse, modificarse, a juicio del Tribunal y atendiendo al interés de los menores, además de los casos previstos en el artículo 139 (*), por:</p> <p>1) La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique al patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres.</p> <p>2) La dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores que los padres dieran a sus hijos;</p> <p>3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles;</p> <p>4) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible;</p> <p>5) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente; y</p> <p>6) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos.</p>	<p>Artículo 159.- La patria potestad puede suspenderse, modificarse, a juicio del Tribunal y atendiendo al interés de los menores, además de los casos previstos en el artículo 152 (*), por:</p> <p>1) La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique al patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres.</p> <p>2) La dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores que los padres dieran a sus hijos;</p> <p>3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles;</p> <p>4) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible;</p> <p>5) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente; y</p> <p>6) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos.</p> <p>7) Los actos de violencia que puedan darse entre progenitores donde exista un régimen especial de visitas preestablecido o bien, donde los hijos menores concebidos por estos convivan con ambos padres al amparo del régimen de crianza compartida y no exista un domicilio común o permanente, según sea al caso, o bien cuando aquella persona que posee el ejercicio de la guarda, crianza y educación agrede al otro progenitor no custodio, violentándole los derechos de convivencia entre un progenitor y su prole, y viceversa.</p>

<p>Las sanciones previstas en este artículo podrán aplicarse a los padres independientemente de los juicios de divorcio y separación judicial. (*) (Actualmente artículo 152)</p>	<p>Las sanciones previstas en este artículo podrán aplicarse a los padres independientemente de los juicios de divorcio y separación judicial. (*) (Con la numeración actualizada según el artículo 2 de ley N° 7538 del 22 de agosto de 1995.)</p>
--	--

Tal como se puede observar en el cuadro anterior, se propone la inclusión de un nuevo inciso 7, en el que se incluye entre las causales que pueden suspender o modificar la patria potestad, ello a criterio del Tribunal. Y, dentro de esos criterios estarían los actos de violencia que puedan darse entre los progenitores, en los casos de existir un régimen de visita compartido o una convivencia entre ambos progenitores y no exista un domicilio común o permanente.

Sin embargo, esta asesoría quiere hacer énfasis en que la redacción de la norma es altamente confusa y no deja en claro las intenciones de la propuesta, además que por seguridad jurídica la aplicación de esta norma tendría dudosa efectividad, de tal modo que se recomienda aclarar el propósito de la misma y de esta forma darle una adecuada redacción en beneficio de todas las partes involucradas.

Sobre el tema que comprende el artículo 12 que reforma el artículo 159 del Código de Familia, refiérase las y los legisladores a la última normativa aprobada mediante la Ley N° 9747, de 23 de octubre de 2019 sobre la responsabilidad parental –antes patria potestad–.

Artículo 140- *Atributos de la responsabilidad parental*

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

Artículo 141- *Atributos de la responsabilidad parental. Derechos y obligaciones. Irrenunciabilidad*

Los derechos y las obligaciones inherentes a los atributos de la responsabilidad parental no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo relacionado con la custodia personal de los menores de edad.

Artículo 143- *Atributos de la responsabilidad parental y representación. Deberes y derechos*

Los atributos de la responsabilidad parental confieren los derechos e imponen los deberes de orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso, el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad.

Asimismo, faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial. Igual disposición se aplicará a los menores de edad con terminación o que no estén sujetos de alguna persona de los atributos de la responsabilidad parental, en cuyo caso la solicitud podrá hacerla el Patronato Nacional de la Infancia

(PANI). El internamiento se prolongará hasta que el tribunal decida lo contrario, previa realización de los estudios periciales que se requieran para esos efectos; estos estudios deberán ser rendidos en un plazo contado a partir del internamiento.

Artículo 145- *Atributos de la responsabilidad parental. Administración de bienes de hijos menores de edad*

Los atributos de la responsabilidad parental comprenden el derecho y la obligación de administrar los bienes del hijo menor.

El hijo menor administrará y dispondrá, como si fuera mayor de edad, los bienes que adquiera con su trabajo.

Se exceptúan de la administración paterna los bienes heredados, legados o donados al hijo, si así se dispone por el testador o donante, de un modo expreso o implícito. En tal caso, se nombrará un administrador.

Artículo 146- *Atributos de la responsabilidad parental. Bienes de hijos menores de edad. Exento de cautela preventiva*

El ejercicio de los atributos de la responsabilidad parental, en cuanto a los bienes del menor, no está sujeto a cautela preventiva alguna, salvo lo dispuesto en el artículo 149.

Artículo 147- *Atributos de la responsabilidad parental. Enajenación y gravamen de bienes del hijo*

Los atributos de la responsabilidad parental no dan derecho a enajenar ni a gravar los bienes del hijo, salvo en caso de necesidad o de provecho evidente para el menor. Para ello, será necesaria la autorización judicial si se tratara de inmuebles o de muebles con un valor superior a diez mil colones (₡10.000).

Artículo 148- *Atributos de la responsabilidad parental. Reemplazo*

Quien ejerza los atributos de la responsabilidad parental entregará a su hijo mayor o emancipado o a la persona que lo reemplace en la administración cuando esta concluya por otra causa, todos los bienes y frutos que pertenezcan al hijo y rendirá cuenta general de dicha administración.

Cuando procediera el nombramiento de un administrador de bienes, el tribunal, atendidas las circunstancias, señalará el honorario que haya de cobrar aquel.

En el caso de que la administración de los bienes del menor esté a cargo de personas distintas de aquella que tuviera la guarda, crianza y educación de este, el tribunal autorizará la suma periódica que debe ser entregada para su alimentación.

Artículo 151- *Ejercicio conjunto, casos de conflicto, administración de bienes de hijo*

El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, los atributos de la responsabilidad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos y mediante el procedimiento resolutivo familiar establecido en el Código Procesal de Familia, el juez decidirá oportunamente. Se deberá resolver tomando en cuenta el interés superior del menor de edad.

La administración de los bienes del hijo corresponde a aquel que se designe de común acuerdo o por disposición del tribunal.

Artículo 152- *Hijos menores de edad. Atributos de la responsabilidad parental*

En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, la autoridad judicial que lo tramita, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores de edad, dispondrá todo lo relativo a los atributos de la responsabilidad parental referidos a los derechos personales, entre ellos, la custodia personal de ellos y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de estos.

Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores podrá ser modificado a solicitud de parte interesada o del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), todo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancia.

Artículo 155- *Atributos de la responsabilidad parental. Hijos habidos fuera de matrimonio*

La madre y el padre, aun cuando fueran menores de edad, ejercerán los atributos de la responsabilidad parental sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrán plena personería jurídica para esos efectos.

Artículo 158- *Extinción de los atributos de la responsabilidad parental*

Los atributos de la responsabilidad parental se extinguen por la muerte de quienes la ejerzan o de la persona menor de edad.

Artículo 159- *Suspensión de los atributos de la responsabilidad parental*

Son causas de suspensión de los atributos de la responsabilidad parental:

a) Cuando el uso indebido y habitual de drogas u otras sustancias estupefacientes torne imposible la convivencia y el sano ejercicio de los deberes y derechos para con los hijos.

b) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno e incumplimiento de los deberes familiares.

Artículo 162- *Atributos de la responsabilidad parental. Negocios del menor de edad. Nombramiento de representante legal*

Cuando quien tenga la responsabilidad parental de la persona menor de edad estuviera incapacitado para determinado o determinados negocios de este, se le nombrará al menor un representante legal para ese negocio.

Artículo 163- *Recuperación de los atributos de la responsabilidad parental*

Cuando haya cesado el motivo de la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental, el suspendido recobrará los derechos mediante declaratoria expresa de la autoridad judicial.

VII. ASPECTOS DE TECNICA LEGISLATIVA

De modo general, se indica que el título de un proyecto de ley tiene como característica el identificar la ley, por lo que es necesario que sea exacto, completo, preciso, breve y conciso⁶⁵, lo que también contribuye a lograr una clara identificación del objeto de la ley⁶⁶.

En el título de la presente iniciativa, si bien es cierto, se consigna en forma correcta la intención de la creación de una nueva ley referente a la crianza compartida, esta asesoría recomienda incluir la reforma propuesta al Código de Familia.

Con respecto a la redacción general de la iniciativa de ley, cabe señalar que en algunos artículos se incluye el lenguaje inclusivo, sin embargo, en la mayoría de las normas del proyecto de ley no se hace uso adecuado del mismo, esto lo decimos en concordancia con las diferentes directrices referentes al uso de este tipo de lenguaje en la técnica de la ley, por lo que se recomienda el uso generalizado del lenguaje inclusivo en la presente iniciativa de ley.

Además, en forma general, a lo largo de este análisis se ha recomendado ser claro y conciso en los objetivos de las normas legales propuestas, de tal forma que se mejore la redacción.

En el caso del **Artículo 1º**, En las líneas finales del párrafo primero de esta norma, se incluye lo que esta asesoría es un criterio subjetivo, el cual no debería formar parte de la parte dispositiva de la iniciativa de ley, en todo caso, este tipo de frases o criterios, deberían consignarse en la Exposición de Motivos y no en el articulado.

Se recomienda dejar en claro el concepto de monoparentalidad, el cual podría ser incluido en el articulado de la ley, con el fin de dejar en claro su significado.

VIII. ASPECTOS DE TRÁMITE

Votación

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 de la Constitución Política, este proyecto requiere, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos presentes.

⁶⁵ Ver en este sentido HERNANDEZ MATAMOROS (Estrella) y TAYLOR HERNANDEZ (Mónica). “El Poder Legislativo Costarricense y las Comisiones Legislativas con énfasis en las Comisiones Especiales de Investigación”, Tesis de Grado para optar por el grado de Licenciadas en Derecho, Universidad de San José, 2000, pp. 115 y 116.

⁶⁶ En ese sentido MUÑOZ, (Hugo Alfonso). Elementos de Técnica Legislativa, 1 Edición. San José: Asamblea Legislativa: Centro para la Democracia, 1996.

No obstante, en caso de separarse del criterio de la Corte Suprema de Justicia, se requerirá del voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea, para su aprobación.

Delegación

La presente iniciativa SI es delegable a una Comisión con Potestad Legislativa Plena, puesto que no se encuentra en las excepciones del numeral 124 constitucional, y no requiere votación calificada. Salvo se separe del criterio de la Corte Suprema de Justicia a la cual se le debe realizar consulta perceptiva, debido a la calificación de su votación.

Consultas

Se recomienda la realización de las siguientes consultas:

Preceptivas

- Corte Suprema de Justicia
- Patronato Nacional de la Infancia
- Caja Costarricense del Seguro Social, CCSS
- Instituto Mixto de Ayuda Social
- Instituto Nacional de las Mujeres

Facultativas

Por la materia que se plantea en este proyecto de ley, podría ser consultado, por razones de conveniencia y oportunidad a:

- Procuraduría General de la República.
- Defensoría de los Habitantes
- Junta de Protección Social
- Ministerio de Educación
- Ministerio de Salud
- Dirección General del Registro Civil.
- Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica (Comisión de Derecho de Familia).

IX. ANTECEDENTES

Poder Legislativo

Constitución, convenios y leyes:

- Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949.
- Convención de los Derechos del Niño, Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990.
- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Ley N° 7746 del 23 de febrero de 1998
- Código de Familia, Ley N° 5476, del 21 de diciembre de 1973.
- Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739 del 06 de enero de 1998.
- Ley de Pensiones Alimentarias, Ley N° 7654, del 19 de diciembre de 1996.
- Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley N° 7648 de 09 de diciembre de 1996.
- Ley Contra la Violencia Doméstica, Ley N° 7586 de 10 de abril de 1996.
- Ley de Planificación Nacional N° 5525, 2 de mayo de 1974.

Departamento de Servicios Técnicos

- Informe Jurídico del Expediente N° 19.455, Departamento de Servicios Técnicos, Asamblea Legislativa.
- Informe Jurídico del Expediente N° 20662, Departamento de Servicios Técnicos, Asamblea Legislativa.
- Informe Jurídico del Expediente N° 20.833, Departamento de Servicios Técnicos, Asamblea Legislativa.

Expedientes

- Expediente N° 21227
- Expediente N° 21296.

PODER JUDICIAL

Sala Constitucional

- Resolución número 3125-92, de las 16:00 horas del 20 de octubre de 1992.
- Sentencia N° 227-93 de las doce horas treinta y seis minutos del quince de enero de mil novecientos noventa y tres.
- Resolución número 2011003083 de las ocho horas y treinta y dos minutos del once de marzo del dos mil once.

PODER EJECUTIVO

Procuraduría General de la República

- Dictamen N° 134 del 16 de junio de 2017.

OTRAS REFERENCIAS

- AVILÉS Hernández M (2015). ¿Qué es la «monoparentalidad»? Una revisión crítica de su conceptualización en materia de política social. Cuadernos de Trabajo Social, Universidad de Murcia.
- BRENES, Alberto. Tratado de las personas. De los alimentos. San José. Costa Rica. Editorial Juriscentro. Página 145.
- GONZÁLEZ Martín N (2011). Convivencia paterno-materno filial en el panorama Internacional: un acercamiento en torno a la Sustracción de menores, alienación parental y Mediación familiar internacional. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Alienación Parental. México.
- HERNÁNDEZ Matamoros (Estrella) y TAYLOR Hernández (Mónica). El Poder Legislativo Costarricense y las Comisiones Legislativas con énfasis en las Comisiones Especiales de Investigación, Tesis de Grado para optar por el grado de Licenciadas en Derecho, Universidad de San José, 2000, pp. 115 y 116.
- JENLIN. E (2005). Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales: Hacia una nueva agenda de políticas públicas. Naciones Unidas, Cepal
- MAIDA, S. Ana Margarita y otros (2011) Síndrome de alienación parental. Revista chilena de pediatría. Rev. chil. pediatr. vol.82 no.6 Santiago dic.
- MARTIN Colea, Juan. Síndrome de Alienación Parental. Documento.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Alienación Parental. México. 2011
- MUÑOZ, (Hugo Alfonso). Elementos de Técnica Legislativa, 1 Edición. San José: Asamblea Legislativa: Centro para la Democracia, 1996.
- NUEVA, Marisol. Síndrome de Alienación Parental en niños: diagnóstico SAP: Un perverso y su estafa.
- RAMÍREZ Acuña David Alonso, Ph. D. La desparentalización impuesta al padre, separado o divorciado: secuelas psicosociales. Estudio de Casos. San José, Costa Rica: Ediciones Universitarias, 2011.
- SOCIAL TRENDS INSTITUTE, Nueva York – Barcelona, El matrimonio importa, veintiséis conclusiones de las ciencias sociales.
- UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Conflictos Familiares, su prevención y tratamiento, Primera Edición Agosto del 2002.
- World Health Organization. (2018) ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics.



Portales de Internet

- <https://www.lanacion.com.ar/1774074-la-familia-factor-clave-para-el-desarrollo-socialo>
- <https://omicrono.elespanol.com/2013/08/la-relacion-entre-abuelos-y-nietos-un-beneficio-psicologico-mutuo/> 23/8/18.
- <https://omicrono.elespanol.com/2013/08/la-relacion-entre-abuelos-y-nietos-un-beneficio-psicologico-mutuo/>
- <https://www.mideplan.go.cr>
- <https://pani.go.cr/educacion/academia-de-crianza/1239-academia-de-crianza>

Elaborado por: kdm - azf
/*lsch// 4-11-2019
c. archivo