



DH-MU-NA-0522-2018
29 de junio de 2018

Señora
Ana Julia Araya Alfaro
Jefa de Área
Área de Comisiones Legislativas II
Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Aprovecho la presente para saludarle cordialmente y a la vez manifestarle que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de Ley: "**REFÓRMANSE LOS ARTÍCULOS 10, 14 Y 17 DE LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA N° 7586 DE 10 DE ABRIL DE 1996 Y SUS REFORMAS**", Expediente N° 19.676, me refiero en los siguientes términos:

1. Resumen Ejecutivo.

La Defensoría de los Habitantes expresa su **inconformidad** con el Proyecto de ley "*Refórmense los artículos 10,14 y 17 de la Ley contra la Violencia Doméstica N° 7586 de 10 de abril de 1996 y sus reformas*", tramitado en el expediente legislativo N° 19.676, objeto de la presente consulta, por las razones de fondo que se desarrollaran en el apartado 6 de este oficio y que a continuación se mencionan someramente:

- Representa un retroceso en las reivindicaciones concretas alcanzadas en relación con los Derechos Humanos de las Mujeres como de la Niñez y la Adolescencia, particularmente en materia de protección frente a distintas formas de violencia.
- Asimila, de manera errónea e inconveniente los conceptos de "*violencia doméstica*" con los de "*asuntos de convivencia o divergencias*" o "*situaciones irreconciliables*", que difieren diametralmente en su significado, en sus efectos en las personas y en sus implicaciones y consecuencias jurídicas.
- Es contrario a los principios de protección especial estatal que reconoce nuestra Constitución Política en favor de la madre y de la niñez, como a los principios del interés superior del niño y de supervivencia y desarrollo que reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño; de los principios de protección especial y la obligación de debida diligencia reconocidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Para) entre otros instrumentos internacionales y pronunciamiento de los órganos de tratado.
- Desconoce el papel y competencia constitucional y legal del Patronato Nacional de la Infancia en la protección especial de la niñez y la adolescencia.
- Desconoce los efectos adversos que tiene la violencia doméstica en el desarrollo y bienestar de los niños y niñas testigos de ese tipo de violencia.

- Promueve el relacionamiento y contacto de las personas menores de edad testigos de violencia doméstica o intrafamiliar la persona presuntamente responsable de tales situaciones de violencia.
- Desconoce la naturaleza cautelar especializada de la jurisdicción de violencia doméstica, remitiendo para su resolución, asuntos propios de la jurisdicción ordinaria, con el procedimiento respectivo de familia y de niñez y adolescencia, como lo es el régimen de visita o interrelación familiar.

2. Competencia del mandato DHR.

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (**Principios de París**) la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos. Finalmente, es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

2. Antecedentes del proyecto de ley.

En la exposición de motivos del texto bajo análisis se indica que el objeto del proyecto es que *"la relación de los niños y niñas con sus padres no sea interrumpida por **asuntos de convivencia o divergencias** que se susciten entre estos, toda vez que cuando se aplican medidas precautorias se afecta la relación paterno filial y los niños y niñas son los directamente impactados por las relaciones entre los convivientes."*(El resaltado no es original).

Se expone que se pretende la reforma de tres artículos referidos a la orden inicial de medidas de protección, el mantenimiento de las mismas y su seguimiento ya que el hecho de que se soliciten medidas precautorias contra un presunto agresor, no debe generar una relación incierta entre este y sus hijos.

Para garantizar esa relación, se propone la creación de *"sitios de encuentro oficializados"* establecidos por el Estado y por organizaciones privadas, autorizando al Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia para la aprobación de planes, programas o convenios de cooperación de iniciativa privada para el desarrollo de estos sitios con la supervisión de autoridades judiciales.

Para fundamentar la reforma a la Ley N° 7586 se hace referencia al bienestar de la persona menor de edad, al interés superior del niño contemplado en el artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia y el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley en análisis, el objetivo primordial de la propuesta es proteger el vínculo y la comunicación entre los hijos o hijas y su padre o madre, cuando surgen conflictos de convivencia o divergencias irreconciliables entre los progenitores.

La propuesta parte de la premisa de que la aplicación de las medidas de protección que contempla la Ley contra la Violencia Doméstica normalmente afecta la relación paterno-filial, aun en los casos en que dicha medida se adopta en favor de uno de los progenitores y no del niño, niña o adolescente. Se plantea que esa situación que se da de hecho, persiste y se ve favorecida por la existencia de vacíos normativos en la Ley contra la Violencia Doméstica

Bajo esta premisa, se propone introducir una serie de reformas dirigidas, por un lado, a reforzar el papel del juzgador en el resguardo y mantenimiento de las relaciones paterno-filiales y, por otro, para establecer sitios de encuentro, previamente acreditados y autorizados por el Estado, para facilitar el contacto entre progenitores y sus hijos o hijas, de forma segura. Lo anterior, en procura del bienestar emocional, mental y físico de la persona menor de edad.

3. Contenidos del Proyecto de Ley.

El objetivo del proyecto reformar los artículos 10, 14 y 17 de la Ley N° 7586 o Ley contra la Violencia Doméstica.

La reforma propuesta afecta los artículos citados de la siguiente forma:

TEXTO ACTUAL	TEXTO PROPUESTO
<p>ARTICULO 10.- Aplicación de medidas</p> <p>Planteada la solicitud, la autoridad competente ordenará, de inmediato, aplicar cualquiera de las medidas de protección solicitadas.</p> <p>Esta resolución deberá notificarse conforme al artículo 177 del Código Procesal Civil y no cabrá recurso alguno contra ella.</p> <p>No obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el juzgado podrá ordenar, de oficio, la aplicación de otras medidas distintas de las solicitadas.</p> <p><i>(La Sala Constitucional mediante resolución N° 2896 del 14 de junio de 1996, estableció que el presente artículo no es inconstitucional, en relación con el artículo 3 inciso 1 de la presente ley, en tanto se entienda que "contra la resolución del juez de familia que imponga una pensión alimenticia provisional conforme a ellos, procede recurso de apelación en un sólo efecto, que debe tramitarse y resolverse por</i></p>	<p>"Artículo 10.- Aplicación de medidas</p> <p><i>Planteada la solicitud, la autoridad competente ordenará, de inmediato, aplicar cualquiera de las medidas de protección solicitadas.</i></p> <p><i>Esta resolución deberá notificarse conforme al artículo 177 del Código Procesal Civil y no cabrá recurso alguno contra ella.</i></p> <p><i>No obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el juzgado podrá ordenar, de oficio, la aplicación de otras medidas distintas de las solicitadas.</i></p> <p><i>La persona juzgadora al ordenar medidas de protección tendrá especial reparo en que estas no afecten las relaciones padres e hijos e hijas, precisando que dichas medidas no son en perjuicio de las relaciones paterno-filiales, salvo que expresamente sea necesario por el tipo o la naturaleza del caso. En uno y otro caso será precisado el punto en la resolución judicial."</i></p>

<p><i>la autoridad competente según la legislación especial que regula la materia alimentaria, ante la cual éste debe hacer llegar de inmediato el testimonio de piezas que ordena la presente Ley").</i></p>	
<p>ARTICULO 14.- Resolución</p> <p>Evacuada la prueba, la comparecencia se dará por concluida y el juzgado resolverá, de inmediato, si las medidas aplicadas se mantienen en ejecución o no.</p> <p>La autoridad judicial resolverá con base en las reglas de la sana crítica racional y, de oficio, regirá el impulso procesal; para eso ordenará las pruebas que considere necesarias a fin de establecer la verdad.</p> <p>La aplicación e interpretación de esta ley se regirán por los principios fundamentales de la legislación de familia y las disposiciones contenidas en el artículo 10 del Código Civil.</p>	<p>"Artículo 14.- Resolución</p> <p><i>Evacuada la prueba, la comparecencia se dará por concluida y el juzgado resolverá, de inmediato, si las medidas aplicadas se mantienen en inejecución o no.</i></p> <p><i>La autoridad judicial resolverá con base en las reglas de la sana crítica racional y, de oficio, regirá el impulso procesal; para eso ordenará las pruebas que considere necesarias a fin de establecer la verdad.</i></p> <p><i>La aplicación e interpretación de esta ley se regirán por los principios fundamentales de la legislación de familia y las disposiciones contenidas en el artículo 10 del Código Civil.</i></p> <p><i>Al mantener u ordenar medidas de protección en la resolución final la persona juzgadora precisará que no se afecte la relación padre e hijos o hijas, o en su defecto indicará que sí se dará esa afectación.</i></p> <p><i>En su caso, la persona juzgadora determinará el lugar y la forma en que se realizará esa relación o comunicación. Las autoridades municipales, o de instituciones públicas competentes e incluso judiciales, podrán y deberán generar alternativas y recursos profesionales y económicos, para crear los denominados "Puntos de encuentro familiar," que faciliten el desarrollo de las relaciones padres e hijos e hijas, conforme lo establecido en el artículo 9 inciso 3) de la Convención sobre Derechos del Niño, N.º 7184, de 18 de julio de 1990.</i></p> <p><i>Asimismo, se autoriza al Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia, para que apruebe planes, programas o convenios de cooperación de iniciativa privada, de conformidad con el artículo 171 del Código de la Niñez y la Adolescencia, a efectos de que dichas organizaciones y profesionales especialistas, se organicen para el desarrollo</i></p>

	<p><i>de este servicio, mediante el establecimiento de sitios de encuentro supervisados por las autoridades judiciales o por los entes públicos competentes."</i></p>
<p>ARTICULO 17.- Ejecución de las medidas</p> <p>Durante el tiempo de la ejecución de las medidas, la autoridad judicial deberá revisar los resultados, ya sea mediante la comparecencia de las partes al despacho correspondiente, con la frecuencia que se ordene, o bien, con la intervención de trabajadores sociales, quienes rendirán informes periódicos acerca de la convivencia familiar.</p>	<p><u>"Artículo 17.- Ejecución de las medidas</u></p> <p><i>La autoridad judicial deberá revisar los resultados de la ejecución de las medidas, ya sea mediante la comparecencia de las partes al despacho correspondiente, con la frecuencia que se ordene, o bien, con la intervención del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial o de cualquier otra instancia estatal requerida al efecto, los cuales rendirán informes periódicos acerca de la efectividad de las medidas.</i></p> <p><i>La policía administrativa tiene la obligación de vigilar el cumplimiento efectivo de las medidas de protección, por todos los medios que sean necesarios.</i></p> <p><i>Es responsabilidad de los órganos públicos que forman parte del sistema nacional para la atención y prevención de la violencia intrafamiliar, de conformidad con sus competencias, brindar un acompañamiento integral a las personas víctimas de violencia que les permita mejorar su situación, así como la recuperación y la construcción de un nuevo proyecto de vida.</i></p> <p><i>El Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU) brindará el asesoramiento para cumplir ese fin y, además, les ofrecerá a las víctimas los servicios de acompañamiento, asesoramiento jurídico y representación legal necesarios para realizar los trámites contemplados en esta ley. Con este último propósito, el Inamu podrá intervenir en el procedimiento, con el fin garantizar los derechos de las víctimas y representarlas legalmente con las mismas facultades y atribuciones otorgadas a la Defensa Pública en materia penal.</i></p> <p><i>Durante el tiempo de la ejecución de las medidas, la autoridad judicial deberá revisar los resultados, ya sea mediante la comparecencia de las partes al despacho correspondiente, con la frecuencia que se</i></p>

	<p><i>ordene, o bien, con la intervención de trabajadores sociales, quienes rendirán informes periódicos acerca de la convivencia familiar.</i></p> <p><i>El seguimiento deberá incluir la protección de la relación de los padres con los hijos, salvo que este tema haya resultado afectado expresamente en la resolución final.</i></p> <p><i>La persona juzgadora y el equipo interdisciplinario, identificará en la comunidad respectiva los recursos o alternativas que existan para proteger dichas relaciones, y si no existieren alentará a las autoridades comunales a crear dichos recursos o alternativas.</i></p> <p><i>Para estos efectos, las autoridades jurisdiccionales de la materia podrán aprobar gestiones de los progenitores interesados, y que se muestren de acuerdo en pagar los honorarios, en el sentido de nombrar para este seguimiento a un perito de la lista que al efecto lleva la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial o bien de nombrar un profesional -aún y cuando no se encuentre en dicha lista- con el que se muestren conformes las partes."</i></p>
--	---

4. Normas jurídicas vigentes:

El proyecto en estudio refiere la modificación de varios artículos de la Ley contra la Violencia Doméstica, que se incluyen en el cuadro anterior, que se encuentra vigente y en aplicación en la actualidad.

La Ley contra la Violencia Doméstica fue aprobada en el año 1996 para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la violencia doméstica, brindando protección especial a madres, personas menores de edad, personas adultas mayores y personas que presenten alguna condición de discapacidad, considerando las situaciones específicas de cada una, con base en la protección establecida en el artículo 51 constitucional, para la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad. Establece además la protección, en particular, de las víctimas de violencia en las relaciones de pareja o de abuso sexual intrafamiliar. (Artículo 1).

Previo a la aprobación de esta norma, la Ley N° 7142 o **Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer**, reconoció la responsabilidad estatal en la protección de las víctimas de violencia y definió algunas competencias institucionales para su atención a través de su articulado:

Artículo 15.-

El Ministerio de Justicia, deberá poner en marcha programas adecuados, en coordinación con el Centro de Mujer y Familia, para asegurar la protección y la orientación de las víctimas de agresión por parte de un familiar consanguíneo o afín y de agresión sexual, así como para la prevención del problema.

(Nota: El artículo 26, inciso c), de la ley No.7801 de 30 de abril de 1998 indica que toda referencia al Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia se entenderá referida al Instituto Nacional de las Mujeres)

Artículo 16.-

El Poder Judicial está obligado a capacitar a todo el personal judicial competente para tramitar los juicios en que haya habido agresión contra una mujer.

Estas disposiciones son contestes con la obligación de cumplir con la debida diligencia contenida en la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer** (conocida como Convención de Belem do Para) que indica en su **artículo 7**, lo siguiente:

"Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...)

b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...)

d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad y perjudique su propiedad; (...)

g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces..."

La obligación de garantizar una **protección especial** contra la violencia constituye también un principio rector en materia de niñez y adolescencia, reconocido y contemplado en una amplia gama de instrumentos internacionales y normativa nacional que integran nuestro ordenamiento jurídico.

Está expresamente reconocido en el preámbulo de la **Convención sobre los Derechos del Niño** que señala:

"Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño," el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"

Además, se retoma y desarrolla en el articulado de ese instrumento internacional, específicamente en los numerales 3.2, 6, 19, que se transcriben a continuación:

Artículo 3.-

(...)

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 6.-

- 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.*
- 2. Los Estados Partes **garantizarán** en la máxima medida posible **la supervivencia y el desarrollo del niño.***

Artículo 19.-

*1. Los Estados Partes **adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.***

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

En el contexto nacional, el principio de protección especial a la madre y a la niñez está contemplado en el artículo 51 de la **Constitución Política** y el 55 dispone que tal protección compete al Patronato Nacional de la Infancia –PANI-.

En correspondencia con el mandato constitucional, el artículo 2 de la **Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia**, N° 7648, establece como el fin primordial de la institución **la protección especial e integral de las personas menores de edad** y sus familias, que a su vez se complementa con otros fines específicos dispuestos en el numeral 3, entre los que interesa recalcar el **"Brindar asistencia técnica y protección a la niñez, la adolescencia y a la familia, en situación de riesgo"** y **"Promover los valores y principios morales que inspiran el derecho a la vida... la convivencia pacífica, el respeto mutuo..."** En la misma sintonía se encuentran una serie de principios orientadores de su gestión, que incluyen **"El interés superior de la persona menor de edad "** y la **"... protección integral de la infancia y la adolescencia, así como el reconocimiento de sus derechos y garantías establecidos en la Constitución Política, las normas de derecho internacional y las leyes atinentes a la materia"**,

Para el efectivo cumplimiento de su mandato y fines, el artículo 4 de su Ley Orgánica le ha conferido al PANI amplias potestades y atribuciones tales como difundir y promover el cumplimiento de los derechos y principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; **intervenir como parte en los procesos judiciales y administrativos** en los que se discutan asuntos relacionados o que involucren intereses y derechos de una persona menor de edad; disponer en forma provisional de la guarda y crianza de las personas menores de edad; **dictar resoluciones vinculantes**, mientras la autoridad jurisdiccional no adopte un resolución definitiva **respecto del asunto objeto de conflicto**, entre otras.

Como parte de la legislación nacional, resulta imperativo mencionar el **Código de la Niñez y la Adolescencia** que también hace suyo el principio de protección especial y establece los mecanismos de articulación interinstitucional necesarios para hacerlo efectivo por medio del Sistema Nacional de Protección Integral que crea al efecto. De manera particular, su artículo 13 establece la obligación del Estado de proteger a las personas menores de edad "... *contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral*" y el artículo 19 reconoce el derecho de esa población a "...*buscar refugio, auxilio y orientación cuando la amenaza de sus derechos conlleve grave peligro para su salud física o espiritual y emocional, asimismo, de obtener, de acuerdo con la ley, la asistencia y protección adecuadas y oportunas de las instituciones competentes.*"

Además, el Código de la Niñez y Adolescencia estableció el proceso especial de protección en sede administrativa, cuya finalidad es la aplicación de medidas de protección en favor de las personas menores de edad en los casos en que sus derechos se vean amenazados o conculcados. La dirección del proceso está a cargo de las distintas oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia. En el marco del Proceso Especial de Protección, esas oficinas locales están facultadas para dictar una gama importante de medidas dirigidas a sujetos e instituciones públicas y privadas, a los padres y madres de familia e incluso a las mismas personas menores de edad.

Finalmente, cabe destacar que la Ley contra la Violencia Doméstica prevé la posibilidad que una persona menor de edad sea víctima directa o indirecta de las distintas formas de violencia y que el victimario sea su progenitor o progenitora. En este supuesto el artículo 3 contempla una serie de medidas de protección en favor del niño, la niña o la persona adolescente afectados, que se transcriben de seguido:

"(...)

f) Suspenderle provisionalmente, al presunto agresor, la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas menores de edad.

g) Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, en cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas.

h) Suspenderle al presunto agresor el derecho de visitar a sus hijos e hijas, en caso de agresión sexual contra menores de edad.

i) Confiar la guarda protectora a quien la autoridad judicial considere idóneo para esa función, si tal guarda ha sido encargada al presunto agresor, cuando la víctima sea menor de edad...

"(...)"

El numeral 6 de esa ley dispone que las personas adolescentes tienen legitimación para solicitar directamente las medidas de protección que contempla la ley, mientras que si la víctima es un niño o niña menor de doce años "...*la medida deberá ser solicitada por su representante legal, el Patronato Nacional de la Infancia, una autoridad de policía o un mayor de edad.*" Además, el cese de las medidas de protección dictadas en favor de una persona menor de edad, que no hubiese sido solicitado

por el PANI, solamente procederá *"cuando lo recomiende esta Institución, la cual estará obligada a pronunciarse."*

5. Análisis del contenido del proyecto:

Como se ha señalado en los apartados anteriores, la Ley de Violencia Doméstica constituye un mecanismo vigente para que las víctimas de violencia intrafamiliar, que por la naturaleza de esta violencia se encuentran en una situación de peligro inminente, soliciten medidas de protección y que las autoridades judiciales procedan a su dictado, sin dilación, y se garantice una **protección especial, efectiva y oportuna.**

La Ley de Violencia Doméstica **no es aplicable** a *"asuntos de convivencia o divergencia entre las parejas"* como señala la exposición de motivos del proyecto bajo estudio, se trata de una norma aplicable a hechos que atentan contra la integridad física y emocional de las víctimas, en su mayoría mujeres, y de sus hijos e hijas cuyo vínculo es indisoluble.

Es una norma construida para atender, a través de medidas de protección provisionales, las situaciones de violencia. Otras situaciones que ocurran en la convivencia de las parejas, deben ser atendidas en las vías especializadas según sea el caso, más no en un proceso de medidas de protección.

El Tribunal de Familia describió la naturaleza del procedimiento establecido en la Ley N° 7586, a través del voto número 168, de las 14 horas del 11 de marzo de 1998 que señala:

*"(...) El proceso mediante el cual se solicita la aplicación de medidas preventivas, ante el brote (sic) de violencia doméstica, no tiene las mismas connotaciones que los demás procesos contenciosos. **No se trata de establecer una determinada situación jurídica, ni la declaratoria de un derecho para alguna de las partes, que es -por lo general- la tónica imperante en los otros litigios que se ventilan jurisdiccionalmente. Lo que interesa por encima de cualquier otra cosa es la protección a la vida, la integridad y la dignidad de las posibles víctimas, ante la acción, omisión o simple amenaza de cualquiera de los integrantes del núcleo familiar, que atente contra dichos valores." (...).*** "Estos procesos, por su naturaleza, **no tienen como objetivo resolver todas las situaciones o conflictos de índole familiar que puedan emerger, para los cuales existen las vías legales que el derecho de familia pone al alcance de la comunidad. Las medidas de protección más bien, se orientan a proteger de forma inmediata y actual a las posibles víctimas de los brotes (sic) de violencia doméstica en todas sus modalidades, y de alguna manera proteger la integridad física y la unidad familiar.(...)"** (El resaltado no es original).

En sentido similar, la Sala Constitucional determinó en sentencia número **03576-2004**, que esa vía es exclusiva para atender la materia de violencia intrafamiliar y que otros asuntos, como lo relativo a la fijación de pensión alimentaria, debía dilucidarse en la vía respectiva.

A partir de lo anterior, **la Defensoría expresa su total inconformidad y desacuerdo** con el fundamento incluido en la exposición de motivos en tanto se incurre en un error o imprecisión al asimilar los conceptos *"violencia doméstica"* y *"asuntos de convivencia o divergencias"*, que son absolutamente disimiles en cuanto a los fenómenos y problemáticas que entrañan, así como con respecto a la intensidad, magnitud e impacto de los daños que producen en las personas.

La Ley contra la Violencia Doméstica, en su artículo 2 define el concepto como la:

"Acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela y que produzca como consecuencia, el menoscabo de su integridad física, sexual, psicológica o patrimonial. El vínculo por afinidad subsistirá aun cuando haya finalizado la relación que lo originó."

El mismo numeral clasifica la violencia en tres categorías, a saber, violencia psicológica, violencia física, violencia sexual y violencia patrimonial y aclara que las definiciones allí desarrolladas no habrán de entenderse de manera restrictiva.

Para la definición de los términos "convivencia" y "divergencia", se acude al Diccionario de la Real Academia Española (DRAE). "Convivencia" es definido por el DRAE como la "Acción de convivir" y convivir, como "Vivir en compañía de otro u otros". En cuanto al término "divergencia", la define como la "Acción y efecto de divergir" y una segunda acepción como la "Diversidad de opiniones o pareceres".

De las definiciones transcritas se desprende con claridad que la violencia doméstica siempre conlleva daño o menoscabo a la integridad de una persona, mientras que las divergencias de criterio producto de la convivencia, no. Se trata de una diferencia en gravedad e intensidad que ha determinado la forma en que la ley y el Estado han respondido frente a uno y otro problema.

En el primer caso, dado el peligro inminente que encierra la violencia doméstica, el Estado ha optado por la vía cautelar, que le ofrece a las personas víctimas un mecanismo ágil y sumario para el cese inmediato de los actos de violencia, mediante el dictado de medidas de protección por parte de las autoridades jurisdiccionales competentes (Juzgados de Violencia Doméstica).

En el segundo, en el entendido que no existe el binomio víctima-victimario, la ley invita a las partes en conflicto a acudir a la jurisdicción de familia o de niñez y adolescencia, según la naturaleza del caso, para que sea la autoridad judicial quien resuelva la controversia aplicando los principios y normas que rigen esas materias. Incluso, en este supuesto, las partes tienen la opción de dirimir sus diferencias mediante los mecanismos de resolución alterna de conflictos.

Es claro entonces que la confusión conceptual que se señala no es mera imprecisión semántica, sino que **la aprobación de una normativa fundada en el error apuntado podría acarrear implicaciones y efectos adversos en la vida de las mujeres, los niños y las niñas, como consecuencia de la aplicación de una legislación concebida para atender o resolver una problemática distinta.**

Al constituirse la exposición de motivos en el fundamento de proyecto de ley, la imprecisión conceptual irradia también los textos propuestos de los artículos que plantea reformar y en sus contenidos **desconoce por completo los efectos adversos que tiene la violencia doméstica en el desarrollo y bienestar de los niños y niñas testigos de ese tipo de violencia y en oportunidad hasta víctimas indirectas**, al promover el relacionamiento y contacto de esas personas menores de edad con la persona presuntamente responsable de las situaciones de violencia.

El proyecto propone remitir a la jurisdicción cautelar de violencia doméstica el conocimiento y resolución de materias que son competencia de la jurisdicción de familia y de niñez y adolescencia, tales como el régimen de visita o interrelación familiar de los hijos e hijas con sus progenitores.

La Defensoría sostiene que **no es jurídica y técnicamente viable una modificación a la Ley N° 7586 para que en el proceso de determinación de las medidas de protección, se pretenda**

discutir asuntos de filiación, autoridad parental¹, patrimoniales u otros distintos a la prevención de la violencia.

Es fundamental subrayar que la Ley contra la Violencia Doméstica establece en su artículo 1° establece que el principio rector de ese cuerpo normativo es el dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política, como se indicó, que dispone la **protección especial** que debe dispensar el Estado a la madre y a la niñez, *"tomando en cuenta las situaciones específicas de cada uno."*

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce expresamente el derecho de todo niño, niña y adolescente a la **supervivencia y al desarrollo**, constituyéndose en uno de los principios rectores de este instrumento internacional de derechos humanos de las personas menores de edad.

Los conceptos de supervivencia y desarrollo son la expresión más moderna del **Principio de Protección Especial**, cuyo origen se remonta a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 25 inciso 2 establece que *"La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados especiales"*; y de manera más específica en la Declaración de los Derechos del Niño (aún vigente y complementada por la Convención) que proclama en su Principio 2 que *"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral espiritual y socialmente..."*.

Sobre el término *"desarrollo"*, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que encierra un concepto holístico por lo que debe entenderse en su sentido más amplio, que contemple los aspectos *"físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño."*

Como ya se mencionó, el principio de protección especial está recogido también en el artículo 51 de la Constitución Política, así como en el 55 en el que encarga esa función y obligación al Patronato Nacional de la Infancia, con el apoyo de las demás instituciones estatales con competencias relacionadas.

A su vez, el Código de la Niñez y la Adolescencia, como referente normativo en materia de protección, establece una serie de disposiciones dirigidas a hacerlo efectivo, conforme al mandato de la Convención y las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño, y obligan al Estado a actuar con firmeza y decisión frente a la violencia contra la niñez y la adolescencia, en cualquiera de sus formas y matices, incluidos los supuestos en los que la persona menor de edad figura como testigo de violencia doméstica.

Sobre este particular el *"Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas"* de 2006, recuerda que los entornos familiares violentos y la presencia del niño y la niña de episodios frecuentes de violencia en perjuicio de otros miembros del hogar, también constituyen formas de violencia contra la niñez, con graves repercusiones para su desarrollo y bienestar emocional y psicológico, presente y futuro.

Al efecto, el documento en cuestión indica que *"entre 133 y 275 millones de niños de todo el mundo son testigos de la violencia doméstica cada año. Presenciar habitualmente escenas de violencia en el hogar, por lo general a través de peleas entre los padres o entre la madre y su pareja, puede afectar seriamente su bienestar, su desarrollo personal y su interacción social en la infancia y en la edad adulta. La violencia dentro de la pareja también hace aumentar el riesgo de violencia contra los niños en el seno de la familia: estudios realizados en China, Colombia, Egipto, México, Filipinas y Sudáfrica muestran que hay una estrecha relación entre la violencia contra las mujeres y la violencia contra los niños³⁵. Un estudio de*

¹ Artículo 152. Título Tercero de la Autoridad Parental o Patria Potestad. Código de Familia.

la India detectó que la violencia doméstica en el hogar multiplica por dos el riesgo de violencia contra los niños.

Por otra parte, durante el séptimo examen periódico efectuado por el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW por su siglas en Inglés) el año anterior, y a través de las Observaciones finales² rendidas por dicho Comité, se generó preocupación sobre la ausencia de mecanismos legislativos para la consideración de la violencia doméstica en la determinación de la custodia de los hijos y las hijas. Con base en ello señaló:

"(...) 43. El comité recomienda al Estado Parte que:

*a) Aborde de manera apropiada la consideración de **las necesidades específicas de las mujeres y los niños** a la hora de determinar la custodia de los hijos en los casos de violencia de género en el ámbito doméstico. (...)"*(El resaltado no es original).

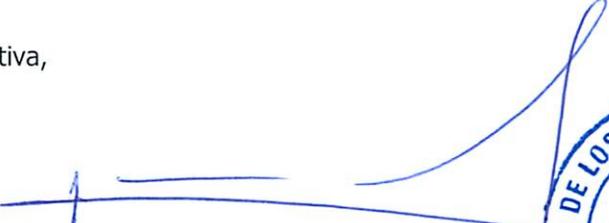
Según expone el Comité CEDAW, será necesario que todas las autoridades competentes, en especial **las instancias judiciales especializadas**, tomen en cuenta la realidad de la violencia doméstica, durante el estudio y definición de la custodia de los hijos y las hijas.

6. Consideraciones finales.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica expresa **su inconformidad** con la eventual aprobación del proyecto de ley en los términos consultados.

La Defensoría estima que la normativa debe mantenerse tal como se encuentra vigente, para garantizar la protección a la vida de las mujeres, sus hijos y sus hijas, objetivo fundamental y específico inherente a las medidas precautorias.

Agradecido por la deferencia consultiva,


Juan Manuel Cordero González
Defensor de los Habitantes en funciones



² Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica. CEDAW/C/CRI/CO/7 21 de julio, 2017.