

San José, 08 de octubre del 2019  
DH-DNA-0802-2019

Señora Cinthya Díaz Briceño  
Jefa de Área  
Comisiones Legislativas  
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 para la Protección de la Vida Familiar", expediente legislativo N° 20999, me refiero en los siguientes términos:

## **1. Resumen Ejecutivo**

La Defensoría de los Habitantes coincide en que deben buscarse mecanismos ágiles que hagan más efectivo el derecho a la vida familiar de las personas menores de edad que se ven inmersos en una conflictiva familiar. No obstante, Costa Rica ya cuenta con una legislación que protege el derecho a la vida familiar y a la interrelación familiar.

La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica expresa su inconformidad con la eventual aprobación del proyecto de ley con base en las consideraciones que se analizarán en el presente criterio.

## **2. Antecedentes del proyecto de ley:**

En la exposición de motivos del presente proyecto se indica textualmente:

*"La relación con la familia paterna y materna, es beneficiosa para toda persona, a menos de que exista razones graves que atenten contra su integridad para impedirla. A veces, sin embargo, las personas menores de edad sufren de un alejamiento de alguno de sus progenitores por conductas inmaduras e inapropiadas por parte de quien tiene su custodia material, pues no se sabe diferenciar entre los roles de pareja y los de padres. Así, tenemos que en ocasiones un menor va expresar reticencia a relacionarse con su padre o su madre, especialmente cuando ha pasado algún tiempo desde que pudieron interactuar y compartir.*

*Nuestro Tribunal de Familia ha hecho referencia a esas situaciones y ha sostenido que las manifestaciones de los menores no son vinculantes para el juzgador.*

*Veamos:*

*"Si bien es cierto las menores manifiestan querer vivir al lado del padre, debe tenerse presente que las personas menores de edad tienen derecho a expresar su voluntad, pero ello no significa de manera alguna que tal manifestación de voluntad sea vinculante, pues de ser así qué sentido tendría la*

*institución de la PATRIA POTESTAD. Por otro lado, debemos dejar claro que el INTERÉS SUPERIOR DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD no siempre coincide con la VOLUNTAD DE TALES PERSONAS. En realidad, las personas menores de edad, sobre todo cuando son de tan corta edad como las niñas S. y V, son sumamente manipulables y vulnerables. En todo caso es al juzgador a quien corresponde en casos como el que nos ocupa determinar cuál es el INTERÉS SUPERIOR de las menores. ... TRIBUNAL DE FAMILIA. Res. 799 de las 9:00 horas de 28 de junio de 2005”.*

La Defensoría estima que el concepto de “menor” debe ser revisado y modificado por el de “persona menor de edad” a lo largo de todo el proyecto de ley, dado que refiere a la superada doctrina de la “situación irregular”. Igualmente, es importante establecer que el interés superior del niño es un principio de interpretación para cada caso concreto y que está en íntima relación con el derecho a la opinión de toda persona menor de edad, tal como se indicará en el análisis y consideraciones acerca de este proyecto.

Continúa indicando la exposición de motivos que:

*"Ahora bien, debe buscarse mecanismos que hagan más efectivo el derecho a la vida familiar de las personas menores de edad que se ven inmersos en una conflictiva familiar. Los procesos penales por desobediencia a la autoridad han demostrado ser lentos y muchas veces la alienación familiar queda impune, debido a una falta de una política criminal que vea con la seriedad debida este tipo de conductas que violentan los derechos de las personas menores de edad y los de sus padres o madres no custodios."*

Respecto de este apartado, y a pesar de que existen figuras penales relativas a la desobediencia a la autoridad, se hace necesario plantear que si bien es cierto, el establecimiento de las penas puede causar un efecto disuasorio, el proyecto sometido a análisis debe también tomar en cuenta que para que la protección sea efectiva, hay que adoptar acciones de prevención general y especial en su abordaje, y considerar estrategias integrales que incluyan todos los factores que hacen vulnerables a niños, niñas y adolescentes, así como aquellas situaciones particulares que dan origen a la violencia que se pretende erradicar.

Asimismo, cabe destacar que la creación de delitos penales es una potestad legislativa, la cual debe verse dentro de una clara política criminal del Estado. Asimismo, este proyecto de ley bajo consulta debe observar las reglas de la proporcionalidad y razonabilidad de las penas, dentro de un ordenamiento jurídico integral, y se debe establecer dentro de un marco que no necesariamente es desde el Derecho Penal. En un apartado supra, se abordará el tema de la proporcionalidad y la razonabilidad de las sanciones penales con respecto a los deberes familiares.

Continúa la Exposición de Motivos indicando:

*"La Organización Mundial de la Salud ha reconocido los efectos dañinos para las personas menores edad que sufren de alienación parental. Esta alienación suele darse no solamente respecto de los progenitores, sino de la familia paterna o materna, y en daño al derecho a la identidad de las personas menores de edad.*

*La OMS incluyó la Alienación Parental dentro del código QE52.0 problemas de relación cuidador-niño en el capítulo 24 factores que influyen en el estado de salud o contacto con los servicios de salud, que se*

*refieren a circunstancias o problemas que influyen en el estado de salud de las personas pero que no son en sí una enfermedad o lesión (patogénico)."*

Respecto de este punto, en la página web de la Organización Mundial de Salud, en el apartado CIE11, lo que se describe en el punto QE52.0 es la *"Insatisfacción sustancial y sostenida dentro de una relación entre el cuidador y el niño asociada con una perturbación significativa en el funcionamiento."* Y en el QE52.2 se define como *"la pérdida de una relación emocionalmente cercana, como un padre, un hermano, un amigo muy especial o un animal doméstico querido, por causa de su muerte, partida permanente o rechazo."*<sup>1</sup>

No se menciona en ninguno de los textos la definición propiamente de alienación parental. Tampoco se menciona directamente el concepto de alienación parental en el DMS-5, en el cual se incluye la numeración que aparece reseñada como Z61.0, que en la exposición de motivos se indica.

Continúa la exposición de motivos indicando que:

*"Actualmente en el CIE 10 se incluye en el Z61.0 problemas relacionados con la pérdida de relación afectiva en la infancia, pérdida de relación emocional íntima, tal como uno de sus padres, un hermano, un amigo muy especial o una mascota mimada, por muerte o alejamiento permanente o rechazo."*

Solamente lo que se menciona son las siguientes manifestaciones:

*"Z61 Problemas relacionados con acontecimientos vitales negativos en la Infancia  
Z61.0 Pérdida de relaciones afectivas en la infancia  
Z61.1 Cambio de domicilio en la niñez  
Z61.2 Patrones de relaciones familiares alterados en la infancia  
Z61.3 Hechos conducentes a la pérdida de la autoestima en la niñez  
Z61.4 Problemas relacionados con presunto abuso sexual del niño por una persona dentro del grupo de apoyo primario  
Z61.5 Problemas relacionados con presunto abuso sexual del niño por una persona no perteneciente al grupo de apoyo primario  
Z61.6 Problemas relacionados con presunto abuso físico del niño  
Z61.7 Experiencias personales atemorizantes en la niñez  
Z61.8 Otras experiencias negativas en la niñez  
Z62 Otros problemas relacionados con la crianza  
Z62.8 Supervisión y control inadecuados por parte de los padres, Sobreprotección parental, Crianza en una institución, Hostigamiento y acusación de culpabilidad al niño, Abandono emocional del niño, Otros problemas relacionados con la negligencia en la crianza del niño, Presiones inapropiadas de los padres y otras anomalías en la crianza. Otros problemas específicos relacionados con la crianza y Otros problemas relacionados con el grupo de apoyo".*

---

<sup>1</sup> CIE11, Estadísticas de Morbilidad y Mortalidad, consultado en: <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f181823991>

#### 4. Contenidos del Proyecto de Ley:

El Proyecto de Ley establece las siguientes regulaciones:

*ARTÍCULO 1-Definición de alienación familiar: Se considera alienación familiar la indebida interferencia en la formación de una persona menor de edad promovida o inducida por uno de los progenitores, por sus abuelos, terceros, o por quienes tengan a la persona menor de edad bajo su custodia, guarda o vigilancia, para impedir, obstaculizar o destruir la convivencia, las relaciones personales con sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad."*

El primer autor que definió el Síndrome de Alienación Parental (SAP) fue Richard Gardner (1985), profesor de psiquiatría del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia, quien definió el síndrome como: "*un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña*".<sup>2</sup>

En múltiples investigaciones, se ha cuestionado el origen científico del concepto de alienación parental, a pesar de haberse constituido como una referencia frecuentemente utilizada en ámbitos judiciales, ya que actualmente no está aceptado por ninguna de las clasificaciones de trastornos y enfermedades mentales, ni por el DSM-IV-TR de la Asociación Americana de Psiquiatría, ni por la CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud.

Por su parte, el planteamiento acerca de la "*indebida interferencia en la formación*", el cual no se define, conlleva una visión de objetivización de los niños, niñas y adolescentes a partir de su consideración como objetos de manipulación y alienación y respecto de los cuales su pensamiento y opinión se encuentra manipulada, y que carecen de criterio propio por parte del niño, niña o adolescente.

Siguiendo con el proyecto de ley bajo análisis, el artículo 2 dispone:

*ARTÍCULO 2- Formas típicas de alienación familiar: Son formas típicas de alienación familiar aquellos actos realizados por el progenitor, directamente o por medio de terceros, las siguientes:*

- 1- *Realizar una campaña de descalificación contra el otro progenitor.*
- 2- *Obstaculizar injustificadamente el ejercicio de la autoridad parental.*
- 3- *Obstaculizar injustificadamente los contactos de las personas menores de edad con el progenitor no custodio, o con sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.*
- 4- *Obstaculizar el ejercicio del derecho de visitas autorizado por una autoridad judicial.*
- 5- *Omitir deliberadamente información personal sobre el menor, incluidos datos educativos o médicos y cambio de dirección, ante la autoridad judicial.*

---

<sup>2</sup> Aguilar, José Manuel; S.A.P., *Síndrome de Alienación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*, Editorial Almuzara, 2005, España, pág. 21

- 6- *Hacer acusaciones falsas contra el otro progenitor, en contra de los miembros de su familia con el propósito de obstaculizar o dificultar la relación interfamiliar.*
- 7- *Someter a un menor o adolescente a creencias, pensamientos y comportamiento, con el propósito de inducir sobre ellos y crear autogénicamente falsos recuerdos cambiando los hechos reales por eventos que nunca ocurrieron, actos conocidos también como memoria implantada.*
- 8- *Privar de libertad de forma ilícita a un menor o adolescente, durante un tiempo determinado, con el objeto de apartar a un menor o adolescente del otro progenitor.*
- 9- *Sacar a la persona menor de edad del país sin la autorización previa del otro progenitor o de la autoridad judicial competente.*

Se recomienda revisar el uso del término menor por el de persona menor de edad, tal como se indicó anteriormente. En el inciso 7, se alude al adjetivo autógeno o autógena, que en el Diccionario de la Real Academia corresponde al "que se origina o engendra a sí mismo"; por ello se sugiere modificar el "autogénicamente" por "de forma autógena".

En el inciso 9, sobre "sacar" a la persona menor de edad del país de origen, no se encuentra la correlación necesaria con respecto al Convenio Internacional sobre Restitución de Persona Menor de Edad, el cual establece una serie de excepciones que deberían ser tomadas en cuenta en la regulación.

En el artículo 3 del proyecto se establece:

*ARTÍCULO 3-Derecho a la vida familiar: Las personas menores de edad tienen derecho de compartir con su familia materna y paterna hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, estos familiares tienen derecho a compartir tiempo de calidad con ellos, respetando sus horarios lectivos. En los casos en que se deba hacer valer este derecho en la vía judicial, el tiempo de convivencia se ha de establecer por la persona juzgadora, tomando en cuenta el mejor interés de la persona menor de edad. Los juzgados de familia que conocen de las demandas de interrelación familiar deberán velar por el respeto a este derecho humano, e interpretar de manera amplia este derecho de convivencia familiar, de manera que su ejercicio se pueda realizar sin restricciones innecesarias.*

En este artículo, se omite el derecho de las personas menores de edad a dar su opinión sobre la interrelación familiar. Asimismo, la referencia acerca de la obligatoriedad de "interpretar de manera amplia" minimiza la independencia de las y los jueces, que siempre deben actuar valorando las pruebas dentro del marco de la sana crítica y, en este caso, por tratarse de personas menores de edad, atendiendo su interés superior y escuchando su opinión.

Continúa el proyecto indicando:

*ARTÍCULO 10- Medidas preventivas. Para la persona respecto de quien un juez de Familia determine que ha incurrido en actos típicos de alienación familiar, la autoridad judicial podrá ordenar las siguientes medidas preventivas.*

- 1.- *Compensar al progenitor alienado con mayor cantidad de días y horas por cada incumplimiento.*
- 2.- *El juez podrá contemplar un cambio en el régimen de tenencia, ya que estas conductas demuestran un inadecuado ejercicio del rol parental que deben de asumir quien tiene a cargo.*
- 3.- *Ordenar una intervención psicológica y psicosocial de seguimiento.*
- 4.- *Modificar el régimen de visitas de manera que sea más eficaz su cumplimiento.*

*En el caso de modificaciones a la guarda o cuidado de una persona menor de edad, se dará preferencia a los progenitores o cuidadores que estén dispuestos a hacer posible la convivencia efectiva con el progenitor no custodio, en situaciones donde la custodia compartida no sea viable.*

A pesar de la rigurosidad de los plazos establecidos tanto en el artículo 6 como en el artículo 7 del proyecto, respecto de las medidas preventivas no se mencionan ni los plazos para su dictado, ni el plazo de duración y vigencia de las mismas, siendo medidas de carácter preventivo y se supondría que temporales, lo cual debería quedar muy claro.

Por otro lado, también se omite escuchar la opinión de la persona menor de edad y de valorar su interés superior, que como se analizará luego, son dos derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, de observancia obligatoria.

### **3. Normas jurídicas vigentes:**

El proceso de interrelación familiar, regulado bajo el nombre de régimen de visitas por el Código de Familia, se dirige a mantener la unidad familiar en circunstancias de deterioro de las relaciones entre los progenitores, dado que el distanciamiento de los progenitores, no debe afectar la relación que tengan con respecto de sus hijos.

Es de vital importancia recordar el derecho que tienen las personas menores de edad de relacionarse con ambos progenitores, así como con sus respectivas familias. En la fijación de un régimen de interrelación familiar, siempre debe tomarse en cuenta el interés superior de la persona menor de edad y la opinión de la persona menor de edad.

Asimismo, el Código Procesal de Familia aprobado por la Asamblea Legislativa en el mes de junio del 2019, establece en el capítulo III sobre Medidas Cautelares Típicas, sección I sobre Medidas cautelares en procesos de pretensiones personalísimas, lo siguiente:

*"Artículo 133- Régimen provisional de sistema de interrelación familiar.*

*En los procesos familiares se podrá establecer un régimen provisional de interrelación familiar con personas menores de edad, personas con discapacidad o personas adultas mayores; además, se podrán establecer otras medidas que aseguren, desde el inicio del proceso, la identidad y relación propia entre estas personas y quien pretenda el régimen."*

### **4. Análisis del contenido del proyecto:**

#### **Convención sobre los Derechos del Niño:**

La concepción de la doctrina de la Situación Irregular evoca un niño/a, objeto de derechos (que requiere de alguien que se los otorgue o reconozca), quien en su etapa de desarrollo no debe tener derechos, menos aún, cuando está afectado por situaciones familiares o sociales. Esta doctrina es superada a partir de la Convención de los Derechos del Niño que introduce la doctrina de la Protección Integral, planteando una relación dinámica, igualitaria y específica a las particularidades propias de

su condición de sujetos en desarrollo, pero con personalidad jurídica plena y con capacidad para exigir dicha titularidad de derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece una serie de derechos, que el presente proyecto de ley omite reconocer en toda su amplitud, tales como:

- El principio del Interés Superior del Niño:

A pesar de que en la exposición de motivos se menciona una resolución del Tribunal de Familia sobre el interés superior del niño, aplicada a un caso concreto y sin que conste reiteración para referir a jurisprudencia constituida, la Convención sobre los Derechos del Niño es clara al definir este principio:

*Artículo 3*

*1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

*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.*

*3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

En la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones del 14 de enero a 1 de febrero de 2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), el Comité fue claro al establecer:

*"4. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño<sup>3</sup>. El Comité ya ha señalad<sup>4</sup> que "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.*

*5. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana."*

Agrega el Comité en dicha observación que:

---

<sup>3</sup>El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" como "concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño" (Observación general N° 5, párr. 12).

<sup>4</sup>Observación general N° 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 61.

47. *La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y **requiere la participación del niño.** Por "determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior.*

Según el desarrollo normativo local, la jurisprudencia y *opinio iuris* de los órganos internacionales de derechos humanos (v.gr, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño), así como la doctrina, es posible enunciar algunos elementos constitutivos de la noción del principio del interés superior del niño, esenciales para la función que tal principio tiene como parte del basamento de la Convención y de la Doctrina de la Protección Integral.

- Principio de garantía: Debemos entender que el principio del interés superior del niño no se reduce a un mero enunciado abstracto, indeterminado con intención inspiradora, su propósito va más allá. Se trata en realidad, como bien lo ha afirmado Miguel Cillero Bruñol, de un principio inspirado en el más puro garantismo en procura de la plena efectividad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Afirma Cillero Bruñol que *"Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general."*<sup>5</sup> Lo más relevante de la conceptualización del principio del interés superior del niño como un principio garantista es precisamente la referencia a la justiciabilidad de los derechos de esta población en procura de su efectivo y pleno goce y disfrute. A su vez, esto implica reconocer que los niños, niñas y adolescentes tienen derechos e intereses diferenciables de los de sus padres, madres o responsables.

- Principio general de derecho internacional y nacional: Se constituye en un principio con funciones muy claras de interpretación, integración y creación jurídicas. Juega un papel esencial en la resolución de los conflictos que pudieren surgir a partir del enfrentamiento entre los derechos de la niñez y la adolescencia y los de las personas adultas e incluso, de la colectividad.

- Principio rector y límite de la actuación del poder público y de las relaciones de los particulares frente a los niños, niñas y adolescentes: Supone el establecimiento de un principio rector que guía el quehacer de los distintos actores vinculados con la satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a partir de la vigencia y exigibilidad plena que éstos tienen. En palabras de Cillero Bruñol, *"...el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades."*<sup>6</sup>

Así, en las decisiones administrativas y judiciales que adopte el Estado se debe privilegiar el interés superior de la persona menor edad involucrada aún sobre o contra los derechos de sus progenitores.

<sup>5</sup> Cillero Bruñol, Miguel; *El Interés Superior Del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*; en: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>

<sup>6</sup> Op.cit

Este mismo Comité de los Derechos del Niño realizó una serie de observaciones a Costa Rica<sup>7</sup> en el cuarto informe periódico, señalando que:

*"31. El Comité insta al Estado parte a que redoble sus esfuerzos para que el principio del interés superior de niño se integre adecuadamente y se aplique de manera sistemática en todos los procesos legislativos, administrativos y judiciales, así como en todos los programas, políticas y proyectos relacionados con los niños o que los afecten. La fundamentación jurídica de toda sentencia judicial y decisión administrativa también deberá basarse en este principio".*

- Derecho a la opinión de las personas menores de edad:

Un niño evoluciona como sujeto con autonomía al adquirir conciencia sobre su realidad y, a partir de esta consideración, *progresivamente*, ejerce sus derechos en forma personal y directa; es decir, en la medida en que el niño madura física y emocionalmente, adquiere conocimientos y experiencias en su entorno, va conformando su propia percepción de la realidad y su capacidad para juzgar moralmente sus propios actos y los de los demás, configurándose *progresivamente* como sujeto autónomo.

En el presente proyecto de ley, en el artículo 3, no se estima la necesidad de escuchar a la persona menor de edad, lo cual aparenta considerar que su opinión está anulada y manipulada, situación que "objetiviza" y desconoce su calidad de sujeto con autonomía progresiva.

En ese sentido, menester es indicar que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece:

*Artículo 12*

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

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

Este derecho implica que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias destinadas a asegurar que existan mecanismos, en el marco de los procedimientos administrativos y judiciales, para recabar de forma oportuna y adecuada las opiniones del menor sobre los asuntos que les afectan y que son objeto de análisis y decisión en el marco de esos procedimientos.

En el Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes (2017-2018) se indicó que, en el caso de las personas menores de edad:

---

<sup>7</sup> Informe periódico de Costa Rica (CRC/C/CRI/4), sesión 1630<sup>a</sup> y 1631<sup>a</sup>, celebradas el día 10 de junio de 2011, y aprobada, en su 1639<sup>a</sup> sesión, celebrada el 17 de junio de 2011.

*"... la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que les atañe, tomando en cuenta su edad y madurez (art. 12); su derecho a la libertad de expresión –incluye buscar, recibir y difundir información e ideas- (art.13); su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión (art. 14); su libertad de asociación y reuniones pacíficas (art. 15); su derecho al respeto de su vida privada (art. 16); y el acceso a la información (art. 17). Adicionalmente, la CDN establece otros derechos relacionados con la participación como son: la provisión de dirección y guía de los padres y madres mediante el respeto a la capacidad de las personas menores de edad (art. 5); la no separación de los niños y niñas de las familias, respeto a su voluntad y excepcionalmente en función de su interés superior (art. 9); y su derecho a una educación que promueva el respeto por los derechos humanos y la democracia (art. 29)".*

En la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado (2009) establece que el derecho a ser consultados es uno de los valores fundamentales que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño y reconoce la condición jurídica y social del niño y la niña. De manera que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo reconoce un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos de la Convención, por lo que está vinculado con el derecho a la no discriminación, el interés superior del niño, la evolución de las facultades del niño y orientación apropiadas de los padres y madres, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información.

Particularmente en esta Observación General, se indica que tanto el principio del interés superior del niño, como el derecho a ser escuchado son complementarios:

*"74. No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida."*

## **Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer**

Establece el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Violencia que:

### **Artículo 16**

*1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:*

- a. El mismo derecho para contraer matrimonio;*
- b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;*
- c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;*

d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

Respecto de este artículo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, en sus Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica del 21 de julio del 2017, le señala al Estado de Costa Rica que:

"17) Matrimonio y relaciones familiares:

Preocupa al Comité que **el mecanismo legislativo vigente no aborda adecuadamente la consideración que debe darse a la violencia de género en el ámbito doméstico en la determinación de la custodia de los hijos; el efecto negativo de la defensa de los grupos de derechos del padre y del discurso público sobre el denominado "síndrome de alienación parental"**; la ausencia de mecanismos en el marco jurídico que prevean el reconocimiento de bienes intangibles como los beneficios relacionados con el trabajo a efectos de la distribución de la propiedad tras el divorcio y la insuficiencia de asistencia jurídica a las mujeres en los procedimientos de divorcio que impiden a las mujeres acceder a sus derechos de propiedad sobre la disolución del matrimonio; y la insuficiente protección de la mujer en las uniones de hecho, incluso en los casos de separación.

El Comité recomienda que el Estado Parte:

- I. Atender adecuadamente las necesidades específicas de las mujeres y los niños para determinar la custodia de los hijos en los casos de violencia de género en el ámbito doméstico;
- II. **Adoptar todas las medidas necesarias para desalentar el uso del "síndrome de alienación parental" por parte de expertos y de los tribunales en los casos de custodia.**
- III. Adoptar directrices sobre el reconocimiento del trabajo doméstico no remunerado para la distribución de bienes matrimoniales comunes, así como sobre la indemnización del cónyuge económicamente desfavorecido, para su utilización en procedimientos de divorcio, de conformidad con la Recomendación general N° 29 (2013) sobre el artículo 16 (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución); y,
- IV. Adoptar todas las medidas necesarias, incluida la legislación para garantizar que las mujeres gocen de una protección jurídica adecuada durante las uniones de facto y su disolución.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Consultado en: <https://www.inamu.go.cr/documents/10179/624787/Observaciones+finales+CEDAW+-+VII+Informe+Periodico+CRI.pdf/684605c8-d96a-4337-9ee3-58a506642c75>

Iguals observaciones, realizó el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres al Estado Parte España, en el año 2015, cuando llamó la atención acerca de:

*"Matrimonio y relaciones familiares*

*38. Al tiempo que observa que, en sus directrices de 2013 sobre los procedimientos relativos a la violencia de género, el Consejo General del Poder Judicial rechazaba la validez del llamado "síndrome de alienación parental", al Comité le preocupa que el concepto siga aplicándose en varias decisiones judiciales en el Estado parte para retirar la custodia de los hijos a la madre y otorgársela al padre acusado de violencia doméstica. El Comité observa con preocupación que los mecanismos legislativos actuales y futuros no abordarán adecuadamente la consideración que debe acordarse a la existencia de violencia doméstica a la hora de determinar la custodia de los hijos. Al Comité también le preocupan los intentos de aprobar leyes que establecen la custodia compartida como norma general cuando se decide sobre tales casos."<sup>9</sup>*

### **Aspectos de Legalidad**

Como se indicó supra, la creación de delitos penales es una potestad legislativa, la cual debe verse dentro de una clara política criminal del Estado, con reglas de la proporcionalidad y razonabilidad de las penas.

En el caso *Kimel vrs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció los parámetros para la configuración normativa de las sanciones penales, y señaló que:

*"63. ...En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana (Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, supra nota 12, párr. 121, y *Caso Lori Berenson*, supra nota 12, párr. 125. Asimismo, el Tribunal ha resaltado que las leyes que prevean restricciones "deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación". Cfr. *Caso Ricardo Canese*, supra nota 44, párr. 124.)"*

El artículo 11 del proyecto de ley no guarda relación ni proporcionalidad con los delitos que se regulan el Código Penal y que tienen como resultado la suspensión de la autoridad parental, y que constan en el Título IV, sobre los delitos contra la familia, particularmente los siguientes:

---

<sup>9</sup> Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España, 29 de julio 2015.

#### Incumplimiento de deberes de asistencia.

*ARTÍCULO 187.-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. A 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.*

#### Incumplimiento o abuso de la Patria Potestad.

*ARTÍCULO 188.-Será penado con prisión de seis meses a dos años y además pérdida e incapacidad para ejercer los respectivos derechos o cargos, de seis meses a dos años, el que incumpliere o abusare de los derechos que le otorgue el ejercicio de la Patria Potestad, la tutela o curatela en su caso, con perjuicio evidente para el hijo pupilo o incapaz.*

Con respecto a la necesaria rigurosidad para la adopción de sanciones penales, el proyecto en estudio es ambiguo en la tipificación, dado que menciona que:

1. *"a quien incumpla un régimen de visitas de manera reiterada, en tres o cuatro ocasiones..."*, entonces reiterada es tres o es cuatro veces. No hay igualdad en el trato de las situaciones.
2. *a quien haga una declaración falsa ante una autoridad pública cuyo contenido estuviese encaminado a una obstaculización injustificada a la convivencia de la persona menor de edad".* En este caso, ya existen normas penales que establecen una sanción para una situación similar, como falso testimonio (artículo 323 del Código Penal) o la falsedad ideológica (artículo 367 del Código Penal). Pero también podría aplicársele a la persona que denuncia legítimamente situaciones de violencia doméstica, y se considere que ello *"obstaculiza injustificadamente la convivencia"*.

Ambos conceptos son abiertos e indeterminados contrarios al principio de legalidad penal y su derivación lógica, la tipicidad. La Sala Constitucional se ha referido al respecto de la siguiente forma:

*"Esta Sala ha tenido la oportunidad de referirse en reiteradas ocasiones a los principios de legalidad y tipicidad penal, así como a los tipos penales abiertos y en blanco. Así, en el voto número 2008-00055 de las 14:46 del 9 de enero de 2008, se dispuso sobre el tema en cuestión, lo siguiente:*

*"(...) III.- PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD PENAL. El artículo 39 de la Constitución Política consagra, entre otros, el principio de legalidad, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas; garantía de la que se deriva el principio de tipicidad, que atiende a la necesaria descripción previa de la conducta punible, que debe contener como mínimo el sujeto activo, el verbo activo y la sanción a imponer (véase al efecto, la jurisprudencia vertida por este Tribunal en sentencias 1990-01876 de las dieciséis horas del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y 1990-01877 de las dieciséis horas y dos minutos del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa). Ambos principios, legalidad y tipicidad, forman parte del debido proceso, según lo ha señalado este Tribunal:*

*(...) debe decirse que el artículo 39 de la Constitución Política consagra entre otros, el principio de legalidad, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad, que es presupuesto esencial para tener como legítima la actividad represiva del Estado y a su vez determina que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal. El objeto de este principio es proporcionar seguridad a los individuos en el sentido de que sólo podrán ser requeridos y eventualmente condenados por conductas que están debidamente tipificadas en el ordenamiento jurídico. La garantía del debido proceso en torno a este principio, se manifiesta claramente en la aplicación del principio de "nullum crimen, nulla poena sine previa lege" (artículo 39 Constitucional), el cual también obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que en materia penal especialmente, excluye no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley (sustancial o procesal); todo lo anterior en función de las garantías debidas al reo, sea en la medida en que no lo favorezcan." (Sentencia 1993-06660 de las nueve horas treinta y tres minutos del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y tres).*

*Dentro de la tipicidad también debe considerarse la necesaria puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, en virtud del principio de lesividad, derivado del artículo 28 de la Constitución Política, según el cual "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley".*

*IV.- TIPOS PENALES ABIERTOS Y TIPOS PENALES EN BLANCO. Ha reconocido también este Tribunal en concordancia con la doctrina, que si bien es cierto la redacción de los tipos penales debe ser suficientemente clara y precisa, a fin de que no se traslade al juez la determinación de cuáles son las acciones punibles y a fin de que el ciudadano sepa a qué atenerse; las limitaciones propias del idioma, hacen que no en todos los casos sea posible lograr el mismo nivel de precisión o bien, que deba recurrirse a integrar el tipo a través de otras normas jurídicas:*

*"(...) la tipicidad exige que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos que tengan una estructura básica conformada con el sujeto activo y el verbo activo. Se ha indicado también, que la norma puede hacer alusión a conceptos amplios o con una gran capacidad de absorción, de manera tal que mediante una valoración pueda concretarse y definirse el tipo penal, es decir, se determine el sujeto activo y la acción que se sanciona. Sin embargo, ésta práctica puede presentar problemas de comprensión de la norma, pero en ningún caso tales conceptos pueden significar tal vaguedad que no pueda delimitarse el contenido a que se refiere, haciendo ilusorio el principio de tipicidad".*

## **5. Párrafo final**

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.

Agradecida por la deferencia consultiva,

Catalina Crespo Sancho, PhD.  
Defensora de los Habitantes de la República