

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL Y EL
PRINCIPIO-DERECHO-NORMA PROCEDIMENTAL DEL
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor: Bach. Bruno Fernando Avalos Pretell

Asesor: Mg. Erick Hamilton Castillo Saavedra

TRUJILLO-PERÚ

2018

Número de registro:

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL Y EL
PRINCIPIO-DERECHO-NORMA PROCEDIMENTAL DEL
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor: Bach. Bruno Fernando Avalos Pretell

Asesor: Mg. Erick Hamilton Castillo Saavedra

TRUJILLO-PERÚ

2018

Número de registro:

*“El futuro de los niños es siempre hoy.
Mañana será tarde”.*

Gabriela Mistral

*“Todos los mayores han sido primero niños.
(Pero pocos lo recuerdan)”.*

Antoine de Saint-Exupéry, El principito

DEDICATORIA

A Dios, por brindarme salud y por tener la dicha de convivir con personas maravillosas.

A mis mamás, Mary y Bertha, y papás, Alex y Gilberto, por el amor incondicional y apoyo constante.

A Adriana, por enseñarme a reír en todo momento.

AGRADECIMIENTOS

A mi asesor de tesis Erick Hamilton Castillo Saavedra, por su apoyo y tiempo; sin su asesoría esta tesis no hubiese podido concretarse.

A la maestra Wilda Mercedes Cárdenas Falcón, mujer de gran corazón y de una trayectoria profesional impecable, por su colaboración en el inicio de este trabajo de investigación.

A Heidy, por brindarme su amor, por estar en mis buenos y, en especial, malos momentos; sin su compañía, auxilio y comprensión esta tesis no hubiese podido finalizarse.

A Andrea y Liliana por su ayuda incondicional en los momentos más complicados en la elaboración de este trabajo de investigación.

A mis profesores, amigos y familiares, por haber coadyuvado a que pueda cumplir mis metas y siga incursionando en los avatares de la bella y complicada vida de las ciencias jurídicas.

A mi querida alma mater, la Universidad Privada Antenor Orrego, por ser el ente que me guió y que guiará a futuras generaciones para lograr una sociedad más justa.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado.-

De mi mayor consideración:

Bruno Fernando Avalos Pretell, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta superior casa de estudios, cumpliendo con las directrices fijadas para la presentación, aprobación y sustentación de Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, tengo el grato honor de presentar ante ustedes el presente trabajo de investigación denominado: **“El síndrome de alienación parental y el principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño”**, el cual ha sido elaborado siguiendo las pautas metodológicas aplicables a la naturaleza propia de esta investigación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de esta tesis, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aprobación y sustentación.

Asimismo, aprovecho la oportunidad para expresarles las muestras de mi especial consideración y estima.

Atentamente.

Bach. Bruno Fernando Avalos Pretell

RESUMEN

La presente tesis se titula “El síndrome de alienación parental y el principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño”, la cual se ha orientado a determinar de qué manera la variación de la tenencia, sustentada en el síndrome de alienación parental, garantiza el interés superior de niño. En este sentido, el enunciado de mi problema es el siguiente: ¿De qué manera la variación de la tenencia, justificada en la existencia del síndrome de alienación parental, garantizará efectivamente la vigencia del principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño? Siendo su hipótesis de la siguiente manera: “La variación de la tenencia, justificada en la existencia del síndrome de alienación parental, garantizará efectivamente la vigencia del principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño si se encuentra regulada en el Código de los Niños y Adolescentes; a través de las medidas psicojurídicas pertinentes y los niveles de intensidad de la alienación parental”. Para analizar el problema se utilizaron métodos lógicos y jurídicos; en los primeros se ubican el analítico, deductivo, inductivo y sintético; mientras que, como métodos jurídicos, se emplearon el dogmático, hermenéutico y el comparativo. Las técnicas empleadas fueron el análisis bibliográfico, el análisis de documentos y las entrevistas; de este modo, los instrumentos fueron las fichas bibliográficas, la guía de análisis de documentos y la guía de entrevista. Los resultados más resaltantes se materializaron en el hecho que todos los entrevistados opinaron que la conducta del progenitor alienador es una causal para variar la tenencia a favor del padre rechazado y en que el interés superior del niño se garantiza si se tienen en cuenta los niveles de intensidad de la alienación parental. La conclusión más resaltante es aquella por la cual se establece que el principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño solo se garantizará si el juez tiene en cuenta los niveles de intensidad de la alienación parental para variar la tenencia y si se ordena que se lleve a cabo la medida psicojurídica permitiente para restaurar las relaciones de afecto entre los alienados.

ABSTRACT

The thesis is entitled “Parental alienation syndrome and the procedural principle-law-rule of the best interests of the child”, which has been designed to determine how the variation of exclusive custody, based on parental alienation syndrome, guarantees the best interests of the child. In this sense, the statement of my problem is as follows: In what way will the variation of tenure, justified by the existence of parental alienation syndrome, effectively guarantee the validity of the procedural right-law-principle of the best interests of the child? The hypothesis is as follow: “The variation of cystody, justified by the existence of parental alienation syndrome, wull effectively guarantee the validity of the procedural principle-right-norm of the best interest of the child if it is regulated in the Children and Adolescents Code; theought the relevant psycho-legal measures anda the levels of intensity of parental alienation”. Logical and legal methods were used to analyze the problema; in the former, analytical, deductive, inductive and synthetic methods were used, while dogmatic, hermeneutical and comparative methods were used as legal methods. The techniques used were bibliographic analysis, document analysis and interviews; thus, the instruments used were bibliographic records, the document analysis guide and the interview guide. The most striking results were the fact that all the interviewees were of the opinion that the behaviour of the cohabiting parent is a reason for varying custody in favour of the alienated father and that the best interests of the child are guaranteed if the levels of intensity of parental alienation are taken into account. The most striking conclusion is that the principle of procedural law and regulation of the best interests of the child will only be guaranteed if the judge takes into account the levels of intensity of parental alienation in order to vary tenancy and if the permitting measure is ordered to restore affective relations between the alienated.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTOS	vi
PRESENTACIÓN	vii
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
ÍNDICE DE CONTENIDO	x
ÍNDICE DE GRÁFICOS Y CUADROS	xvii
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	1
1.1. El problema.....	1
1.1.1. Planteamiento del problema	1
1.1.2. Enunciado.....	7
1.2. Hipótesis	7
1.3. Variables.....	7
1.3.1. Variable independiente	7
1.3.2. Variable dependiente.....	7
1.4. Objetivos.....	8
1.4.1. General.....	8
1.4.2. Específicos	8
1.5. Justificación	8
1.5.1. Justificación académica.....	8
1.5.2. Justificación jurídica.....	9
1.5.3. Justificación social.....	9
1.6. Antecedentes.....	10
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	14
SUBCAPÍTULO I: LA FAMILIA Y LA CRISIS FAMILIAR	14
1.1. La familia	14
1.2. La naturaleza de la familia	15
1.2.1. La familia como instituto natural.....	17
1.2.2. La familia como instituto social	18
1.3. La tipología de la familia	19
1.3.1. La familia antigua	19

1.3.2. La familia premoderna	20
1.3.3. La familia moderna	21
1.3.4. La familia posmoderna	22
1.3.5. La familia actual.....	23
1.4. La nueva noción de familia: las familias.....	24
1.5. Derecho de Familia.....	25
1.5.1. Naturaleza jurídica.....	26
1.5.1.1. Derecho público.....	26
1.5.1.2. Derecho Privado.....	27
1.5.1.3. Derecho social.....	28
1.6. La familia en la legislación peruana.....	29
1.6.1. Código Civil de 1852.....	29
1.6.2. Código Civil de 1936.....	29
1.6.3. Código Civil de 1984.....	30
1.6.4. Constitución Política del Perú de 1993	31
1.7. Principios constitucionales sobre la familia.....	31
1.7.1. Principio de protección de la familia	32
1.7.2. Principio del interés superior del niño.....	32
1.8. Relación parental, conflicto y crisis familiar.....	33
SUBCAPÍTULO II: LA TENENCIA.....	35
2.1. Definición	35
2.2. Diferencias con la guarda y la custodia	36
2.3. Terminología.....	37
2.4. Titularidad	37
2.5. Contenido	39
2.6. Clases.....	39
2.6.1. De acuerdo al tiempo.....	39
2.6.1.1. Tenencia definitiva.....	39
2.6.1.2. Tenencia provisional.....	40
2.6.2. De acuerdo a su ejercicio	41
2.6.2.1. Tenencia conjunta	41
2.6.2.2. Tenencia compartida	41
2.6.2.3. Tenencia exclusiva	43

2.7. Su regulación en el ordenamiento jurídico peruano.....	44
2.7.1. Código Civil de 1984.....	44
2.7.2. Código de los Niños y Adolescentes del 2000.....	45
2.7.2.1. La separación de hecho como presupuesto de la tenencia.....	45
2.7.2.2. El otorgamiento y reconocimiento de la tenencia	46
2.7.2.3. Criterios para otorgar la tenencia.....	47
2.7.2.4. El derecho a opinar de los menores de edad en el proceso de tenencia.....	50
2.8. Desarrollo jurisprudencial	51
SUBCAPÍTULO III: LA VARIACIÓN DE LA TENENCIA	53
3.1. Definición	53
3.2. Estabilidad y variación	53
3.3. Tramitación	54
3.4. Formas en las que se efectúa.....	55
3.5. Diferencia con la modificación de la tenencia	55
3.6. Su relación con la tenencia provisional.....	56
3.7. Causales para variar la tenencia	58
3.8. Regulación en el Código de los Niños y Adolescentes	59
3.9. Desarrollo jurisprudencial	59
SUBCAPÍTULO IV: EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL	62
4.1. Definiendo al SAP.....	62
4.2. Dinámica.....	63
4.3. Origen	63
4.4. Diferencia con otros trastornos	64
4.4.1. SAP y Parentectomía	64
4.4.2. SAP y Síndrome de Alienación Familiar	65
4.4.3. SAP y el Síndrome de Medea	65
4.5. Condición necesaria para su existencia: la obstrucción del vínculo parental.....	66
4.6. Elementos fundamentales para su configuración	68
4.6.1. Inculcación maliciosa.....	68
4.6.2. Campaña de denigración.....	71
4.7. Síntomas o comportamientos observables	72

4.7.1. Campaña de denigración.....	72
4.7.2. Falta de ambivalencia.....	72
4.7.3. Racionalizaciones frívolas, débiles o absurdas para el desprecio hacia el padre alienado	73
4.7.4. Apoyo reflexivo al padre alienador	74
4.7.5. El fenómeno del pensador independiente	74
4.7.6. Ausencia de culpa	74
4.7.7. La presencia de escenarios imprecisos y borrosos	75
4.7.8. Despliegue de animosidad en contra de los amigos o familia extensa del padre alejado	75
4.8. Niveles de intensidad.....	75
4.8.1. Nivel leve	76
4.8.2. Nivel moderado	77
4.8.3. Nivel severo.....	77
4.9. ¿Qué no es SAP?	78
4.10. Críticas a las posturas que consideran a la teoría del síndrome de alienación parental como una pseudociencia	79
4.10.1. No es relevante su reconocimiento en el CIE ni en el DSM ..	79
4.10.2. No es un instrumento para discriminar a las mujeres.....	80
4.11. El síndrome de alienación parental en las diferentes clases de tenencia	81
4.11.1. En la tenencia compartida	81
4.11.2. En la tenencia exclusiva	82
4.11.3. En la tenencia conjunta	82
4.12. El derecho de los menores de edad alienados a ser escuchados u oídos y a opinar	82
4.13. El SAP y las medidas psicojurídicas para frenar sus síntomas	83
4.13.1. Terapia de revinculación asistida	84
4.13.2. Visitas supervisadas	85
4.13.3. Intervenciones mediadoras, terapéuticas y legales	85
4.13.4. Mediación familiar flexible.....	86
4.13.5. Niveles residenciales	86
4.14. El rol del juez ante la presencia del SAP	88

SUBCAPÍTULO V: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	89
5.1. De la doctrina de la situación irregular al de protección integral.....	89
5.1.1. Doctrina de la situación irregular	89
5.1.2. Doctrina de la protección integral	91
5.2. El desarrollo histórico del interés superior del niño.....	93
5.3. ¿Qué es el interés superior del niño?	95
5.3.1. Aspectos Generales	95
5.3.2. La triple dimensión del interés superior del niño.....	96
5.3.2.1. Como derecho subjetivo	96
5.3.2.2. Como principio.....	97
5.3.2.3. Como norma procedimental	98
5.4. El interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño	99
5.5. El interés superior del niño en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño	102
5.6. El interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano .	105
5.7. Desarrollo jurisprudencial	107
5.7.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos	107
5.7.2. Tribunal Constitucional	108
5.7.3. Corte Suprema de Justicia	109
SUBCAPÍTULO VI: LA VARIACIÓN DE LA TENENCIA, JUSTIFICADA EN LA EXISTENCIA DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL, Y LA GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	111
6.1. El interés superior del niño, el fin de la convivencia de los progenitores y los procesos de tenencia	111
6.2. Razones que justifican la utilización del SAP como causal para variar la tenencia	112
6.2.1. El SAP es una forma de violencia familiar	112
6.2.2. El SAP vulnera el derecho de relación	114
6.2.3. El SAP vulnera el derecho de opinión	115
6.2.4. El SAP vulnera el derecho a la integridad psicológica.....	116
6.2.5. El SAP vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.....	117
6.2.6. El SAP vulnera el derecho a ser cuidado por los padres.....	118
6.2.7. El SAP vulnera el derecho del interés superior del niño.....	119

6.3. El síndrome de alienación parental como causal para variar la tenencia	119
6.3.1. En la jurisprudencia	119
6.3.1.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	119
6.3.1.2. Estados Unidos	120
6.3.1.3. España	121
6.3.1.4. Perú	122
6.3.2. En la legislación.....	125
6.3.2.1. Brasil.....	125
6.3.2.2. Argentina	126
6.3.2.3. México	127
6.3.2.4. Perú	128
6.4. La variación de la tenencia, ante la comprobación del síndrome de alienación parental, como la mejor garantía del interés superior del niño	130
6.5. La variación de la tenencia: ¿progresiva o inmediata?	131
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	134
3.1. Metodología	134
3.1.1. Métodos.....	134
3.1.1.1. Métodos lógicos.....	134
3.1.1.1.1. Método analítico	134
3.1.1.1.2. Método deductivo	134
3.1.1.1.3. Método inductivo.....	134
3.1.1.1.4. Método sintético.....	135
3.1.1.2. Métodos jurídicos.....	135
3.1.1.2.1. Método dogmático	135
3.1.1.2.2. Método hermenéutico	135
3.1.1.2.3. Método comparativo	135
3.1.2. Técnicas e instrumentos.....	136
3.1.2.1. Técnicas	136
3.1.2.1.1. Análisis bibliográfico	136
3.1.2.1.2. Análisis de documentos.....	136
3.1.2.1.3. Entrevistas.....	136
3.1.2.2. Instrumentos.....	136

3.1.2.2.1. Fichas bibliográficas	136
3.1.2.2.2. Guía de análisis de documentos.....	137
3.1.2.2.3. Guía de entrevista	137
3.2. Materiales y procedimientos	137
3.2.1. Materiales	137
3.2.2. Procedimientos.....	137
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	139
4.1. Entrevistas practicadas a jueces, fiscales y docentes	139
4.2. Entrevistas practicadas a psicólogos.....	151
CAPÍTULO V: PROPUESTA.....	160
5.1. Exposición de motivos	160
5.2. Incorporación del artículo 82-A en el Código de los Niños y Adolescentes	164
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	166
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	167

ÍNDICE DE GRÁFICOS Y CUADROS

GRÁFICOS

Gráfico N° 1.....	139
Gráfico N° 2.....	142
Gráfico N° 3.....	143
Gráfico N° 4.....	145
Gráfico N° 5.....	147
Gráfico N° 6.....	148

CUADROS

Cuadro N° 1.....	151
Cuadro N° 2.....	152
Cuadro N° 3.....	154
Cuadro N° 4.....	155
Cuadro N° 5.....	156
Cuadro N° 6.....	158

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. El problema

1.1.1. Planteamiento del problema

La familia es una institución social y natural, esencialmente compleja y dinámica. Está integrada por un grupo de personas que mantienen un vínculo de parentesco consanguíneo, afectivo o civil.

Desde su génesis se ha constituido como el escenario de mayor influencia y de eventual optimización del desarrollo biopsicosocial humano (Vallejo, Sánchez-Barranco F. y Sánchez-Barranco P., 2004, p. 92).

En condiciones normales, constituye la primera y principal agencia de socialización del ser humano, debido a que en su seno adquiere los primeros aprendizajes sobre valores, pautas de conducta, habilidades y destrezas para la adecuada convivencia humana y para respetar y valorar a otros sujetos individuales con los que progresivamente va interactuando; de este modo, es el ámbito natural de preparación de la persona para su correcta inserción en la familia y la sociedad.

Así, su importancia ha generado que el Estado peruano se encargue de protegerla. En efecto, a través de los artículos 4 y 5 de la Constitución Política del Perú de 1993 se reconoce un amparo privilegiado para las familias formadas a partir del vínculo conyugal y a las que surgen de una unión de hecho.

Si bien estos textos normativos constitucionales buscan, entre otros aspectos, que las relaciones familiares se desenvuelvan sin complicaciones, pues es la manera más viable para que los sujetos individuales se formen en valores y en principios, esto no siempre será así, ya que en la mayoría de los casos las familias no serán estables ni debidamente estructuradas –en las que la comunicación, el afecto y el respeto entre sus integrantes se encuentran presentes–, sino disfuncionales.

La dinámica de las familias disfuncionales –caracterizada por la presencia de diversos problemas intrafamiliares¹ (Alcalde, 2016, p. 15)– desencadena un conjunto de pretensiones referidas a la relación parental como a la conyugal o convivencial (las cuales son llamadas acciones de estado o de ejercicio de estado de familia). En tal sentido, puede discutirse en la vía del litigio civil lo que respecta a la suspensión o pérdida de la patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos, separación de cuerpos, divorcio vincular², violencia familiar, entre otras pretensiones.

Por lo general, las relacionadas con la nulidad de matrimonio, separación de cuerpos y divorcio exigen la acumulación de las pretensiones vinculadas con el ejercicio de estado, las cuales son decididas por las partes involucradas o por el juez.

Así, si bien en el primer caso no se generan complicaciones porque hay una coincidencia de las voluntades para su definición; el problema se presenta ante la falta de acuerdo, situación en la cual existe un conflicto que no se agota en la relación de pareja, sino que involucra conductas posesivas frente a los hijos (por lo que se proyecta hacia estos), generándose disputas y desavenencias por la solución de las controversias sobre el monto de la pensión de alimentos, las modalidades de tenencia, el establecimiento del régimen de visitas, el ejercicio de la patria potestad, entre otros aspectos.

No obstante, entre estas pretensiones, la que versa sobre la tenencia será la que más se vinculará, directa e indirectamente, con las consecuencias negativas que generarán las familias disfuncionales –en específico, la referida a la obstrucción de la relación afectiva parental–, ya que en su dilucidación la posición de cada progenitor no solo se

¹ Entre estos tenemos: insensibilidad, intolerancia y falta de empatía hacia algunos de sus miembros, negación por parte de sus miembros de las conductas generadoras del conflicto familiar, inadecuados o inexistentes límites para lograr el respeto entre los familiares, tratamiento desigual para uno o más de sus integrantes, niveles anormales de comportamientos dirigidos a controlar a algún familiar, ausencia de tiempo para realizar en conjunto actividades y presencia de anómalas conductas sexuales.

² En el 2015, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática, se registraron trece mil setecientos cincuenta y siete divorcios, evidenciándose un incremento de más del 100% de los inscritos cuatro años antes. Este dato estadístico abarca a todos los tramitados ante las municipalidades, notarias y juzgados.

sustentará “en la propia idoneidad para hacerse cargo de la crianza del hijo, sino en la nocividad de la conducta de la contraparte” (Gutiérrez y Cuipa, 2014, p. 155).

En este sentido, la institución jurídica de la tenencia –que viene a ser un derecho-deber del contenido personal de la patria potestad³ que permite a su titular tener bajo su custodia a su hijo y, al mismo tiempo, un derecho de este de convivir con el progenitor que cumple con las cualidades personales y materiales para garantizar, en mejor medida, sus condiciones de vida (Varsi, 2012, p. 304)– terminará siendo trastocada, debido a que no favorecerá el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una adecuada comunicación y relación permanente con ambos padres.

Así, el comportamiento conflictivo de la expareja, en la determinación sobre quién de ellos ejercerá la tenencia, perjudicará irremediablemente a los menores de edad; produciéndose en estos el nacimiento o la maximización de una variedad de trastornos psicológicos que afectarán su bienestar general, como el denominado síndrome de alienación parental⁴.

José Manuel Aguilar (2006, p. 27) define al síndrome de alienación parental como un trastorno psicológico causado por un conjunto de síntomas que son el producto del proceso por el cual un padre transforma la razón de su hijo, mediante diferentes maniobras, a fin de devastar el vínculo afectivo que mantiene con el otro progenitor.

Por ello, su naturaleza se traduce en un ejercicio abusivo de la tenencia (especialmente de la exclusiva⁵), pues su titular se aprovechará del

³ Si bien el Código Civil de 1984 y el Código de los Niños y Adolescentes emplean el término “patria potestad”, en otros países se ha preferido utilizar las expresiones “responsabilidad parental” o “autoridad parental” para referirse a la misma institución jurídica.

⁴ Pese a que esta patología psicológica se origina en la intimidad familiar, el perjuicio que ocasiona a los menores de edad se acrecienta cuando la controversia es llevada a los tribunales de justicia, a causa de que la contienda para determinar con quién convivirá el niño, niña o adolescente se intensifica, involucrando a terceros ajenos a la crisis familiar primigenia.

⁵ La tenencia exclusiva que ejerce el progenitor alienador puede darse de hecho (no existe ningún acto jurídico que lo establezca) o sustentándose en una resolución judicial (existió previamente un proceso) o en un acuerdo extrajudicial. Por otro lado, en la tenencia compartida también puede surgir el síndrome de alienación parental, aunque este contexto será extraordinario, a causa de que uno de los presupuestos necesarios para que sea acordada o fijada la coparentalidad es la existencia de una armoniosa relación entre los progenitores. De este

apoyo desmedido y del sentimiento de culpa que siente el hijo⁶ –pues considera que él es la razón del conflicto familiar y del alejamiento de uno de sus progenitores del hogar en el que reside la familia– para poder manipularlo con mayor facilidad, logrando que inicie una campaña de denigración en contra del padre alejado (Tejedor, 2008, p. 69).

De este modo, se origina una relación triangular conflictiva en donde “existirá un progenitor alienante (titular de la tenencia [...]), un [menor de edad] alienado (principal víctima del proceso de alienación [...]) y un [padre] alejado (es el que recibe los ataques constantes del [hijo] alienado)” (Avalos, 2017, párr. 11).

En lo referente a los síntomas observables del síndrome de alienación parental, Walter Howard (2014, pp. 139-140) considera que son los siguientes: las racionalizaciones sin sustento para el desprecio, la campaña de descrédito, la falta de culpabilidad, el apoyo constante al padre alienador, la ausencia de ambivalencia en el odio al progenitor, el surgimiento del fenómeno del “pensador independiente”, la presencia de escenarios indeterminados y poco claros y el despliegue de animadversión hacia los amigos o familia extensa del progenitor alejado.

La verificación de esta sintomatología es determinante para diagnosticar el nivel de intensidad de la alienación –ya sea leve, moderado o severo– y establecer la forma y el tiempo en el que se tendrán que llevar a cabo las medidas psicojurídicas a favor del menor de edad, como la terapia de revinculación asistida y los niveles residenciales.

Asimismo, su presencia evidencia un daño en la integridad psicológica de los niños, niñas y adolescentes capaz de causar una serie de secuelas negativas como disminución del rendimiento escolar, “ansiedad, crisis de angustia y miedo a la separación[,] (...) alteraciones a nivel fisiológico en los patrones de alimentación y sueño, conductas

modo, en el presente trabajo de investigación únicamente se ha explicado el tratamiento que debe recibir la referida patología psicológica en la tenencia exclusiva o, también denominada, monoparental.

⁶ Los menores de edad se refugian en uno de sus padres, normalmente el que vive con ellos, con el propósito de salvaguardar su estilo de vida y hacer las veces de su protector, ya que consideran que es la única familia que les queda.

regresivas⁷, y [de falta de] control de esfínteres” (Segura, Gil y Sepúlveda, 2006, p. 124).

De ahí que el síndrome de alienación parental sea entendido como una forma de maltrato infantil y de violencia psicológica (Varsi, 2012, p. 389; Bautista, 2007, p. 67; Fernández, 2017, p. 51); lo cual ha ocasionado que en diferentes países⁸ sea reconocido, legislativa o jurisprudencialmente, como una causal para variar la tenencia⁹. No obstante ello, en el Estado peruano la legislación no ha abordado hasta hoy esta causal de modo específico y expreso.

De esta manera, frente a este vacío legal, se ha argumentado que a través de una interpretación extensiva y sistemática de los artículos 75 literal e)¹⁰ y 77 literal e)¹¹ del Código de los Niños y Adolescentes se lograría solucionar este problema, pues de estos textos normativos se concluiría que los hijos alienados, por ser víctimas de maltrato infantil, no deberían convivir con su progenitor alienante. Sin embargo, esta labor hermenéutica no mitigaría ni aquietaría efectivamente el daño psicológico que ocasiona el síndrome de alienación parental, puesto que su especial naturaleza requiere de un tratamiento normativo específico, relacionado directamente con la variación de la tenencia¹².

Por otro lado, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia del Perú en las Casaciones N° 2067-2010-Lima y N° 5138-2010-Lima, resolviendo sobre el fondo de la controversia, también han tratado de

⁷ Entre ellas encontramos: conductas agresivas (en el nivel de intensidad severo del síndrome de alienación parental se evidencian problemas referidos al control de impulsos) y conductas de evitación (no desean ver al progenitor alienado).

⁸ En Brasil, con la Ley N° 12.318/2010, se reconoció al síndrome de alienación parental como una causal para variar la tenencia. En otros países, como España y Estados Unidos, tal reconocimiento se ha dado a través de la jurisprudencia. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha referido que esta patología psicológica es una forma de maltrato infantil.

⁹ En contraste a esta posición, algunos Estados de México no reconocen al síndrome de alienación parental como una causal para lograr el cambio de la tenencia o la pérdida o suspensión de la patria potestad, a pesar que lo cataloguen como una forma de violencia intrafamiliar.

¹⁰ **Artículo 75.-** La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos: (...) e) Por maltratarlos física o mentalmente.

¹¹ **Artículo 77.-** La Patria Potestad se extingue o pierde: (...) e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del Artículo 75.

¹² En este sentido, otros procesos, como el previsto por la Ley N° 30364 y su reglamento, no serán los más idóneos para mitigar o evitar el daño psicológico que origina el síndrome de alienación parental, debido a que su naturaleza urgente imposibilita que en muchos casos se fijen medidas sustentadas en una adecuada pericia psicológica.

brindar una solución, entendiendo al síndrome de alienación parental como una forma de maltrato infantil y, por ende, como una causal para variar la tenencia a favor del progenitor alienado.

Pese a ello, la jurisprudencia tampoco ha llenado el vacío legislativo señalado, pues en ninguna de estas ejecutorias supremas se han tomado en cuenta los niveles de intensidad de la alienación –a pesar que su descubrimiento es esencial para que el juez decida la manera en la que se llevará a cabo la variación de la tenencia– ni se ha distinguido la medida psicojurídica pertinente para restaurar el vínculo parental obstruido.

En este sentido, resulta imperativo que exista en el ordenamiento jurídico peruano un texto normativo que regule la variación de la tenencia cuando se presenta la alienación parental en la relación paterno-filial; en donde además se tendrá que fijar su correspondencia con los niveles de intensidad de la alienación y las medidas psicojurídicas necesarias para restablecer el vínculo afectivo entre el progenitor alejado y el infante alienado.

La importancia de cubrir este vacío normativo radica en el rol que asume el juez de familia en el Estado Constitucional y Social de Derecho; el cual se traduce en una función tuitiva, que lo obliga a proteger a la familia y, especialmente, a los niños, niñas y adolescentes, debido a que su interés superior “consiste, nada más ni nada menos, que en la plena satisfacción de sus derechos” (Villar, 2003, p. 142; Cillero, 2007, p. 134).

El interés superior del niño es un principio, norma procedimental y derecho subjetivo reconocido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Ley N° 30466 y en general, en forma transversal, en todo el Derecho de la Niñez y Adolescencia que debe ser garantizado en las decisiones sobre la tenencia y la variación de la misma basada en la alienación parental.

Por ello, es necesario que el Estado peruano otorgue las mayores garantías para su concreción, lo cual permitirá requerirle al juez que establezca el conjunto de condiciones de vida que posibilitarán decidir lo mejor para los menores de edad, en aras de salvaguardar sus derechos fundamentales en el contexto del otorgamiento de la tenencia y su eventual cambio (Plácido, 2015, p. 190).

En consecuencia, a fin de evitar una mayor afectación en las esferas física, psicológica, afectiva, emocional y social de los niños, niñas y adolescentes, es necesario determinar de qué manera la variación de la tenencia, justificada en la existencia del síndrome de alienación parental, garantizará la vigencia del principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño.

1.1.2. Enunciado

¿De qué manera la variación de la tenencia, justificada en la existencia del síndrome de alienación parental, garantizará la vigencia del principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño?

1.2. Hipótesis

La variación de la tenencia, justificada en la existencia del síndrome de alienación parental, garantizará efectivamente la vigencia del principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño si se encuentra regulada en el Código de los Niños y Adolescentes; a través de las medidas psicojurídicas pertinentes y los niveles de intensidad de la alienación parental.

1.3. Variables

1.3.1. Variable independiente

La variación de la tenencia, justificada en la existencia del síndrome de alienación parental.

1.3.2. Variable dependiente

El principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño.

1.4. Objetivos

1.4.1. General

Determinar de qué manera la variación de la tenencia, justificada en la existencia del síndrome de alienación parental, garantizará la vigencia del principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño.

1.4.2. Específicos

1.4.2.1. Analizar doctrinaria y jurisprudencialmente el contenido jurídico de la variación de la tenencia y del interés superior del niño, así como su regulación en el ordenamiento jurídico peruano y comparado, a fin de definir las, advertir los criterios para su empleo y explicar la concordancia que mantienen con las bases teóricas que definen al síndrome de alienación parental.

1.4.2.2. Comparar el tratamiento que recibe el síndrome de alienación parental, como causal para variar la tenencia, en la doctrina y jurisprudencia peruana con la desarrollada en los países de España, Estados Unidos, Brasil y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1.4.2.3. Proponer la incorporación legal del síndrome de alienación parental, como una causal para variar la tenencia, teniendo en cuenta sus niveles de intensidad y las medidas psicojurídicas necesarias para restablecer el vínculo afectivo entre el menor de edad alienado y su progenitor alejado.

1.5. Justificación

1.5.1. Justificación académica

El presente trabajo de investigación se justifica académicamente porque aportará a la doctrina nacional una propuesta teórica que entrelaza al Derecho de Familia y a la Psicología Jurídica. En este sentido, se buscará explicar, de la forma más clara y sencilla posible, aunque sin perder el rigor científico, la manera en la que resultan determinantes los niveles de intensidad del síndrome de alienación parental en la forma en

la que se deberá de llevar a cabo la variación de la tenencia, con la finalidad de garantizar la efectiva vigencia del interés superior del niño. Asimismo, se aportará los conocimientos necesarios para decidir cuál medida psicojurídica es necesaria y pertinente para revincular la relación afectiva que existía entre los alienados.

1.5.2. Justificación jurídica

La presente tesis se justifica jurídicamente porque se ha podido observar que en la actualidad no existe en la doctrina ni en la ley ningún tratamiento sistematizado y acorde a la especial naturaleza del síndrome de alienación parental.

De este modo, se aportarán los fundamentos necesarios para determinar de qué manera la variación de la tenencia, justificada en la existencia del síndrome de alienación parental, garantizará efectivamente la vigencia del principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño.

Con ello se brindará a los jueces, y a los demás operadores jurídicos, los argumentos necesarios para motivar adecuadamente la manera en la que se tendrá que llevar a cabo la variación de la tenencia, pues no existe ningún enunciado normativo dentro del ordenamiento jurídico nacional que prescriba la forma en la que debería de realizarse.

1.5.3. Justificación social

La familia peruana actualmente se encuentra enfrentando una crisis. Todos los días se observa que las relaciones de afecto terminan siendo solapadas por comportamientos conflictivos, en donde los más perjudicados son los menores de edad, pues todavía se encuentran sujetos a un proceso de desarrollo y aprendizaje constante.

En este sentido, el presente trabajo de investigación busca aportar a la sociedad un desarrollo teórico y una propuesta legislativa que dará un mayor esclarecimiento en el entendimiento del denominado síndrome de alienación parental. Así, se podrán establecer mecanismos con efectos *ex ante* (con el fin de evitar su surgimiento) y herramientas *ex post* (dirigidas a mitigar la magnitud de sus consecuencias negativas) para enfrentarlo.

1.6. Antecedentes

Como estudios previos del problema de investigación se encuentra, en primer lugar, la tesis presentada en la Universidad Privada Antenor Orrego, en Perú, en el año 2015, para obtener el título de abogada, elaborada por Elaine Lisseth Zagastizabal León, cuyo título es “El síndrome de alienación parental, en los procesos de tenencia, régimen de visitas y violencia familiar con niños y adolescentes, y su influencia en las decisiones jurisdiccionales”; en esta se arribaron a las siguientes conclusiones:

- El síndrome de alienación parental es un tipo de maltrato infantil ocasionado por el titular de la tenencia, quien busca obstruir el vínculo afectivo que este mantenía con el otro padre. Esta forma de maltrato, que se traduce en ocho síntomas observables, desencadena un conjunto de consecuencias negativas sobre el menor de edad, los cuales en muchos casos serán irreversibles.
- El juez, en los procesos de tenencia y régimen de visitas, debe estar preparado para poder detectar los indicios del síndrome de alienación parental; para ello, será necesario una conferencia con el menor de edad. De este modo, el juez tendrá la posibilidad de pronunciarse, por lo que tendrá que emplear las máximas de la experiencia sobre el diagnóstico de la patología psicológica padecida por el niño, niña o adolescente.
- Al no existir una regulación sobre las consecuencias jurídicas que ocasiona la conducta del progenitor alienador; proponemos una ley que tipifique las conductas alienadoras, en función del principio del interés superior del niño, en donde además tendrán que señalarse las sanciones y pautas correctivas dirigidas a contribuir al restablecimiento de los vínculos afectivos paternos-filiales.
- Por la sintomatología y consecuencias dañosas del síndrome de alienación parental, este debe ser tipificado como una forma de maltrato infantil, en la modalidad de violencia psicológica.

En segundo lugar, como antecedente también se encuentra la tesis presentada en la Universidad Nacional de Huancavelica, en Perú, en el año 2017, para obtener el título de abogada, elaborada por Dina García Gonzalo, cuyo título es “El síndrome de alienación parental en los procesos judiciales por tenencia a razón de la Casación N° 2067-2010 en el distrito judicial de Huancavelica - 2015”; en la cual se elaboraron las siguientes conclusiones:

- Se determinó que en el año 2015 los magistrados de Huancavelica desconocían el contenido de la Casación N° 2067-2010-Lima, la cual desarrolla el tratamiento judicial del síndrome de alienación parental en los procesos de tenencia.
- Por el desconocimiento de lo desarrollado en la Casación N° 2067-2010-Lima, los jueces y fiscales trasgredieron el principio del interés superior del niño y han inobservado lo dispuesto en la referida jurisprudencia, a pesar de ser de obligatorio cumplimiento.
- Mientras que el síndrome de alienación parental no sea reconocido en los juzgados y no se sancione debidamente, seguirá destruyendo la relación de los menores de edad con su padre alienado.

Un tercer antecedente del presente trabajo de investigación es la tesis presentada en la Universidad Autónoma del Perú, en el país de Perú, en el año 2017, para obtener el título de abogada, elaborado por Angelina Rodríguez Cruz, cuyo título es “El síndrome de alienación parental como causal de la variación de la tenencia en la Corte Superior de Lima Sur”; en esta se elaboraron las siguientes conclusiones:

- El 85% de los especialistas entrevistados consideran que el síndrome de alienación parental se configura como una causal para variar la tenencia a fin de restaurar el vínculo afectivo destruido por el padre que causa la alienación.

- Una de las formas en las que se puede restablecer el vínculo filial entre el hijo alienado con su progenitor alejado es variando la tenencia a favor de este último.
- El adoctrinamiento y la campaña de denigración son elementos característicos del síndrome de alienación parental, por lo que su presencia debe ser combatida a través de la variación de la tenencia.

Finalmente, se tiene como antecedente la tesis presentada en la Universidad Central del Ecuador, en el país de Ecuador, en el año 2017, para obtener el título de abogado, elaborado por Oscar Miguel Valdiviezo Galarraga, cuyo título es “La Alienación Parental y su relación con la vulneración del Interés Superior del Niño”; en esta se arribaron a las siguientes conclusiones:

- El menor de edad que convive con ambos padres logra desarrollar adecuadamente su personalidad, por lo que consigue ser seguro de sí mismo; por ende, poseedor de una autoestima alta, lo cual supone la existencia de mayores probabilidades para que llegue a triunfar en la vida.
- La alienación parental se encuentra presente en nuestra sociedad, ello se evidencia especialmente porque es a la mujer a quien siempre se le favorece con el otorgamiento de la custodia y tenencia, a pesar que no deben emplearse criterios basados en el género, sino que debería de realizarse un examen sobre la persona y sus valores.
- Uno de los efectos de la alienación parental es afectar el régimen de visitas del padre no custodio, dificultando así la comunicación con su hijo.
- La alienación parental ya ha sido reconocida en diferentes legislaciones; sin embargo, todavía es un tema desconocido por abogados y jueces de familia. Esto acarrea la necesidad de discutir

sobre su empleo, ya que su presencia afecta la vida de los niños, niñas y adolescentes.

Se ha realizado la búsqueda de otras tesis en nuestro medio, no habiendo sido posible encontrar alguna que desarrolle, con la misma orientación, las variables dependiente e independiente de este trabajo de investigación.

En el ámbito de la bibliografía o estudios teóricos, existen diversas publicaciones sobre el tema específico de la variación de la tenencia, el síndrome de alienación parental y el interés superior del niño, las cuales presentan enfoques doctrinarios diversos que analizan la problemática en estudio.

Sin embargo, en ninguno de ellos se ha encontrado un abordaje relacionado con el interés superior del niño como principio, derecho subjetivo y norma procedimental, la variación de la tenencia justificada en el síndrome de alienación parental ni el enfoque y los objetivos que aquí se pretenden, pues los diversos trabajos de investigación nacionales solo se han centrado en describir que la referida patología psicológica es una forma de maltrato infantil y, por ende, se configura como una causal para variar la tenencia, por lo que no se ha tomado la debida importancia a sus niveles de intensidad, los cuales son determinantes para decidir si la variación se efectuará de manera progresiva o inmediata, ni en las medidas psicojurídicas necesarias que deberá ordenar el juez para lograr que se reestablezca la relación afectiva entre el hijo alienado y su progenitor alejado.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

SUBCAPÍTULO I

LA FAMILIA Y LA CRISIS FAMILIAR

1.1. La familia

La familia puede ser definida en tres sentidos: amplio, estricto e intermedio. En el primero, viene a ser la agrupación de seres humanos que poseen entre sí vínculos jurídicos que surgen de las relaciones intersexuales, procreacionales, de parentesco, adoptivas y de carácter civil. En cambio, en su definición estricta es concebida como el conjunto de sujetos individuales que únicamente mantienen vinculaciones intersexuales, de tal forma que serán los progenitores y los hijos sometidos a la patria potestad quienes la conformen. Finalmente, en su conceptualización intermedia es entendida como el grupo social integrado por las personas naturales que conviven en un solo hogar, pero bajo la autoridad del señor de ella (Plácido, 2002, p. 17).

En cualquiera de los tres sentidos, la familia se configura como el esencial elemento de la vida en comunidad, pues es “una institución moldeada por la contribución conjunta de todas las esferas de la civilización; por ello presenta, a la vez, facetas religiosas, jurídicas, políticas, económicas, racionales[, sicológicas] y lingüísticas” (Alonso, 2011, p. 55).

Así, en ella se establecen las bases para que los seres humanos se formen, a tal punto que vendría a ser “un complejo de intrincadas imbricaciones, donde concluyen y se interrelacionan factores étnico-culturales, morales y religiosos, económicos-sociales, jurídicos, psicológicos y educativos” (Cornejo, 1999, p. 7).

Por consiguiente, se concluye que la familia posee una naturaleza compleja, dinámica y especial, que la diferencia de otras instituciones naturales, sociales, políticas, económicas o jurídicas, todas con relevancia para el Derecho y el progreso y desarrollo de la humanidad.

1.2. La naturaleza de la familia

Para Javier Peralta Andía (2008, p. 43) la familia tiene una naturaleza compleja; así, es natural, porque su origen antecede al del Estado y al del ordenamiento jurídico legal; es social, a causa de ser la célula básica sobre la que surge toda una sociedad; y por último, es jurídica, debido a que posee una estructura orgánica debidamente regulada.

De parecida opinión es Álvaro Espinoza (2017, p. 225), quien sostiene que la naturaleza de la familia debe ser abordada desde tres enfoques diferenciados. Así, se configuraría como una institución natural, inherente a la propia existencia humana; una entidad moral, que vendría ser el elemento que diferencia a los humanos del resto de seres vivos, y una institución limitada legalmente, pues es el Derecho quien define los alcances de sus efectos en la colectividad, por lo que buscará establecer los fines generales que permitan convivir socialmente.

Reforzando su naturaleza jurídica, sin rechazar las otras dimensiones, Mariano Alonso Pérez (2011, p. 152) explica que la familia, además de poseer un carácter natural y social, es una institución influenciada por diversas disciplinas, las cuales confluyen para configurarla desde su propio campo. Entre estas, el Derecho ejerce una especial y determinante influencia, por lo que podría concluirse que la familia es una institución u organismo jurídico, debido a que todas las relaciones que se dan dentro de ella se encuentran debidamente reguladas a través de textos normativos; es decir, se encuentran respaldadas por un marco normativo.

Para otro sector de la doctrina, que desarrolla su postura sobre la dimensión afectiva forjada entre las personas naturales, la naturaleza de la familia se aleja completamente de lo jurídico (pasando a ser el Derecho la ciencia social encargada de regular las relaciones preexistentes que surgen en el seno familiar), por lo que es erróneo argumentar que la familia es una creación jurídica, pues su génesis se remonta a periodos en los que la Ciencia del Derecho todavía no se había desarrollado.

Sobre el particular, Enrique Varsi Rospigliosi (2011) señala que la familia debe ser entendida como una “comunidad de afecto y de ayuda mutua donde lo que cuenta es la intensidad de las relaciones personales de sus miembros (...) [, por lo que se podrán integrar a ella] los sentimientos, esperanzas y valores y el camino hacia (...) el proyecto de vida” (p. 18).

Así, la familia vendría a ser el “conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración” (Varsi, 2011, p. 23).

Por ello, el maestro Héctor Cornejo Chávez (1999) refería que la familia “no es exclusiva ni principalmente un fenómeno jurídico-legal. No lo es por su génesis, ni por su télesis: no es una creación del Derecho ni de la ley, que sólo la regulan, sino obra de la naturaleza humana (...)” (p. 7).

Por otro lado, un tercer sector de la doctrina centra la naturaleza de la familia únicamente en el aspecto social. Al respecto, Alex Plácido (2002) considera que “las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad” (p.18).

En este sentido, el Derecho simplemente tendrá la función de tutelar los mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a los que la integran un cúmulo de deberes y derechos que la estructura necesita para la adecuada orientación de los modelos socialmente institucionalizados; por lo que se rechaza todas aquellas propuestas que buscan conceptualizar a la naturaleza de la familia como una persona jurídica u organismo público.

En conclusión, y en correspondencia a la preponderancia del aspecto afectivo, la familia vendría a ser una institución natural y social, desarrollada sobre la base de relaciones socio-afectivas, las cuales se encuentran sustentadas en la existencia de un vínculo de afinidad, parentesco o intersexualidad entre los seres humanos que la conforman; de este modo, el Derecho únicamente se encargará de regular las

situaciones y relaciones jurídicas familiares preexistentes que surgen en su seno y entre la familia con terceros ajenos a ella.

1.2.1. La familia como institución natural

En primer lugar, la familia es una institución natural, entendida como un grupo de personas unidas por vínculos consanguíneos, sin limitación alguna.

Su origen se debe a un hecho biológico, el cual vendría a ser la reproducción humana. Si bien en un inicio la finalidad de la familia se centraba exclusivamente en la perpetuación de la especie humana, actualmente se ha concebido una acepción amplia de lo “natural”; de esta forma, es posible reconocer otras formas de vinculación filial distintas a las producidas por el acto sexual reproductivo, por lo que no se encontrarían excluidas la adopción, las técnicas de reproducción humana asistida y el reconocimiento voluntario de una persona respecto a otra como fuentes generadoras de familias.

Asimismo, como institución natural, su origen fue espontáneo, basado en el instinto gregario del ser humano para contar con un soporte que le permita alcanzar su realización como tal, resolviendo toda la escala de necesidades que debe satisfacer. Por lo que sin la compañía, intervención y apoyo de otras personas cercanas no podría hacerlo por sí mismo.

Otro elemento que caracteriza a la familia como institución natural es la presunción del *affectio familiae*, esto es, la proclividad de toda persona de dar y recibir afecto dentro de un ámbito de intimidad, amor, comprensión y apoyo en tanto y en cuanto el ser humano no es autosuficiente. Ello explica, en parte, que en la familia exista división de roles, de modo que cada uno de sus integrantes desempeñaría una función que permita a los demás alcanzar su propia realización.

Finalmente, es necesario resaltar el hecho que esta concepción de la familia se incorpora al ordenamiento jurídico peruano a través del primer

párrafo del artículo 4 de la Constitución Política del Estado¹³, tercer párrafo del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁴, primer párrafo del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵, primer párrafo del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶, cuarto párrafo del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷ y el primer párrafo del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸.

1.2.2. La familia como institución social

La familia es una institución eminentemente social, en el sentido que va adaptándose a los cambios culturales que se desarrollan en un determinado pueblo y en un tiempo delimitado. Asimismo, y desde una acepción antropológica jurídica, la familia vendría a ser “el mecanismo que permite la supervivencia del individuo” (Silva citado por Varsi, 2011, p. 40). En este sentido, se instituye como una comunidad de vida interhumana, cuyos integrantes se encuentran unidos por lazos parentales, los cuales tienen por finalidad, entre otros aspectos, perpetuar costumbres e identidades, formar personas en valores, principios y roles sociales, así como forjar una identificación familiar (Oliva y Villa, 2014, p. 16).

Es así que, como refiere Graciela Di Marco (2005a, p. 25), la familia ha ido adecuándose a cada época y cultura, tomando diferentes formas, significados y apreciaciones; siendo de esta manera el contexto de mayor influencia y de eventual optimización del desarrollo biopsicosocial

¹³ **Artículo 4.-** “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia (...). Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

¹⁴ **Artículo 16.-** “(...) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

¹⁵ **Artículo 10.-** “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo (...)”.

¹⁶ **Artículo 23.-** “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

¹⁷ **Preámbulo.-** “(...) Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

¹⁸ **Artículo 17.-** “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

humano (Vallejo, Sánchez-Barranco F. y Sánchez-Barranco P., 2004, p. 92).

Es por ello que es considerada como la célula básica de la sociedad, debido a que en ella se desarrollan las primeras relaciones afectivas, sociales y de aprendizaje, las cuales permiten que una persona pueda interactuar con otras.

1.3. La tipología de la familia

Tomando en consideración el tiempo, la cultura y el contexto social, la familia se clasifica en antigua, premoderna, moderna, posmoderna y actual.

1.3.1. La familia antigua

En el Derecho Arcaico de la Antigua Roma la familia se sustentaba en una relación de poder, en donde existía un absoluto sometimiento al *pater familias*; de este modo, la institución familiar se estructuraba bajo un solo sistema unitario, caracterizado por tener posiciones predefinidas y totalmente jerarquizadas. Esta relación de poder hacía ver a la familia como un pequeño Estado con funciones diversas, pero especialmente religiosas, políticas y públicas, y una unidad económica, religiosa, política y jurisdiccional que no le daba importancia al aspecto afectivo ni al desarrollo personal de sus miembros (Varsi, 2011, p. 32).

Con el transcurrir de los años, los abusos del *pater familias* y el debilitamiento del culto doméstico permitió que la ley civil se encargase de regular a la institución familiar, por lo que las atribuciones del jefe de familia fueron disminuyendo (Cornejo, 1999, p. 15).

De este modo, el *pater familias* deja de ser propietario de su prole (que le permitía detentar poder de disposición sobre ellos, entregarlos para que reparasen el daño que habían causado, exponerlos y sentenciarlos a muerte), lo cual repercutió en una serie de atribuciones que se le otorgaron.

Así, las facultades de venta, donar o preñar a sus descendientes directos de primer grado se limitó a supuestos estrictos y muy específicos, los cuales se relacionaban con permitir que el menor de edad se libere de la patria potestad y a los casos de extrema pobreza. Por su lado, la entrega en reparación de daño fue eliminada, pues era una figura que no se usaba (Cornejo, 1999, p. 517).

Finalmente, en lo que respecta a la condena de muerte, el cariño paternal, las costumbres y los textos normativos restringieron esta potestad, llegando incluso a sancionarse a los padres que trataban cruelmente a sus hijos o que decidían quitarles la vida sin previo juicio tramitado ante el Prefecto o Presidente (Cornejo, 1999, p. 518).

En consecuencia, la relación parental se basaba en el dominio del primero sobre el segundo, quien era tratado como un esclavo (mero objeto de disposición). Así, la patria potestad era concebida como un poder exclusivo del *pater familias*, que le permitía disponer de los bienes y de la persona de su hijo (Peralta, 2008, p. 521).

Respecto a la tenencia, esta carecía de un tratamiento específico e individualizado; empero, su ejercicio de hecho y titularidad era atribución del *pater familias*, pues él era quien velaba por la integridad de su descendencia, es decir, de su propiedad.

1.3.2. La familia premoderna

Originada antes del siglo XVIII, su principal característica fue la unificación, en una sola estructura, de la vida laboral y familiar.

Con relación a las parejas, se podía observar una marcada división de funciones. En este sentido, los hombres tenían el poder de decisión respecto a todo lo concerniente a la familia; mientras que las mujeres asumían un rol pasivo, pues se encontraban sometidas a lo que mandase su esposo, a cambio de recibir su protección y estatus social.

Estas familias eran estables en sus vínculos, especialmente por tres factores: 1) el trabajo que desempeñaban los hombres y las mujeres era económicamente independiente, pero bajo la dirección del varón, 2) el

hogar era utilizado como una unidad de producción, reproducción y control y 3) los integrantes de la familia no tenían proyección fuera de ella; además, estaban inmersos en un conjunto de lazos de filiación, compañerismo y religión (Di Marco, 2005a, p. 27).

Finalmente, en lo que respecta a la patria potestad y a la tenencia, aún se mantenían vigentes los rasgos característicos del Derecho Romano, por lo que implicaban poderes casi absolutos del padre; sin embargo, por la influencia de la Iglesia Católica, estas atribuciones empezaron a atenuarse, lo cual permitió darles una nueva orientación: ejercidas a partir de los intereses de los hijos (Peralta, 2008, p. 522).

1.3.3. La familia moderna

A fines del siglo XVIII hasta mediados del XIX se erige la noción de la familia nuclear o modelo moderno¹⁹. Esta deja de estar constituida por generaciones, para pasar a integrarse solo por los cónyuges y sus descendientes directos de primer grado; siendo su núcleo esencial los lazos afectivos forjados entre sus miembros.

Se caracterizó porque el hombre pasa a ser “el gobernador de la familia”, el que sale del hogar para trabajar y, en consecuencia, se relaciona con la vida pública. En contraste a ello, la mujer se convierte en la “ama de casa”, la “reina de los lazos afectivos”²⁰ y la encargada de la economía familiar, educación de los infantes y asistencia y cuidado de los demás miembros de la familia, de tal forma que sus relaciones se restringían a una esfera privada. Así, la segmentación de roles paterno y materno estuvo muy marcada por la división sexual del trabajo: el varón para la cosa pública y la mujer para el rol doméstico.

En este tipo de familia los niños pasan a ser considerados como una fuente de inversión, siendo totalmente dependientes de sus progenitores. Por consiguiente, la patria potestad y la tenencia pasan a

¹⁹ El desarrollo de la familia moderna acompañó al de la industria, aunque con el transcurso de los años asumieron una orientación distinta.

²⁰ La subordinación se vuelve más sutil. Ya no existen marcadas tendencias del patriarcado, pero la mujer sigue dependiendo económicamente del esposo, debido a que solo él podía obtener dinero y trabajar fuera de casa.

configurarse como una institución de protección a favor de los menores de edad, aunque todavía sin la imposición de los correlativos deberes para sus titulares (Peralta, 2008, p. 522).

1.3.4. La familia posmoderna

Con la llegada de las revoluciones ideológicas²¹ del siglo XX, y sobre todo a partir de su segunda mitad, la noción que se tenía de la familia fue mutando. El sistema que se basaba en una relación jerarquizada, en donde el hombre era el “cabeza de familia”, empezó a ser desplazado por uno que favorecía las relaciones horizontales entre sus miembros, especialmente la que vinculaba al varón y a la mujer.

Así, en el año 1970 surge la familia posmoderna. Esta se caracterizaba por la fluidez de los vínculos que unen a sus integrantes, las diversas estrategias familiares que combinan nuevas formas de relaciones, el aumento de divorcios, separaciones y litigios por tenencia y régimen de visitas (Di Marco, 2005a, pp. 33-34).

En cuanto a la patria potestad y la tenencia, se prefirió el ejercicio conjunto de estas; asimismo, se dejó de lado las concepciones que las atribuían exclusivamente al padre. Finalmente, ambas instituciones no solo eran vistas como un cúmulo de derechos exclusivos de los progenitores, sino también como deberes cuyo beneficiario es el hijo.

Por otro lado, el valor imperante de estas familias era la libertad de sus miembros, lo cual se veía reflejado en un rechazo al autoritarismo y la jerarquización, siendo de este modo más democráticas las relaciones que surgen entre los familiares (Alonso, 2011, p. 109).

No obstante, un sector de la doctrina ha señalado que en ella se presentaban algunas “heridas visibles” como la “disgregación de sus miembros, la violencia doméstica, la reclamación constante de derechos sin asumir los correlativos deberes, (...), padres que declinan su autoridad (...). [Por lo que] queda solo la intemperie moral y afectiva,

²¹ Igualdad de trato para hombres y mujeres, reconocimiento de los menores de edad como sujeto de derechos, etc.

fracaso escolar, síndrome de alienación parental, emociones frustradas (...)” (Alonso, 2011, pp. 112-113).

Por consiguiente, en este escenario empezó a tener una relevancia fundamental la variación de la tenencia, pues el número de familias disfuncionales y conflictos y crisis familiares se volvieron más frecuentes.

1.3.5. La familia actual

Los cambios introducidos por la globalización y los avances tecnológicos han generado que la familia deje de tener una estructura estática, para pasar a ser una institución más flexible. En este sentido, su concepto también ha variado, pasando a ser un término amplio y adaptable a las nuevas orientaciones sociales.

Las relaciones familiares, por la vida acelerada de los seres humanos que las integran, pasan a tener menos incidencia en los proyectos de vida de las personas, pues la tecnología ha ocasionado que la comunicación directa entre ellos se relativice.

Asimismo, instituciones de antaño, como el matrimonio, han empezado a quedar relegadas, prefiriéndose a las convivencias y a las relaciones esporádicas para “formar familias”; por ello, es usual que el número de rupturas familiares vaya en aumento, pues cada vez es más común la inexistencia de una relación afectiva forjada sobre la base de cimientos sólidos, sustentados en valores morales, éticos y en una adecuada convivencia afectiva y social (Espinoza, 2017, p. 227).

Adicionalmente, el número de familias ensambladas, monoparentales (ya sea por separaciones o por técnicas de producción humana asistida) y homoafectivas van en aumento, lo cual ha incidido también en la manera en la que el Derecho debe de intervenir a fin de regular las conductas que se presentan en ellas, ya que en estas de igual forma se dan desavenencias que terminan destruyendo las bases de confianza, amor y demás valores positivos que permiten vincular afectivamente a las personas (García y Acquaviva, 2010, pp. 30-31).

Así, todo ello ha repercutido negativamente en los valores, percepciones y cosmovisiones que rodean a la familia y, especialmente, en el cuidado que se brinda a los menores de edad; pues muchas veces estos terminan siendo involucrados en los conflictos de los progenitores. De esta manera, la intimidad familiar pasa a ser un espectáculo público, pues todo su escenario conflictivo termina judicializándose.

No obstante, si bien los valores dentro de la familia se encuentran en decadencia, a la par de ello, la Ciencia Jurídica ha venido desarrollándose, a tal punto que nos encontramos en la época del Estado Constitucional y Social de Derecho y, por ende, de la reivindicación, descubrimiento y obligatorio respeto de los derechos fundamentales.

En consecuencia, diversos derechos, como la tenencia y su variación, pasan a ser regulados, ejercidos y garantizados a fin de reconocer el supra derecho a la dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes.

1.4. La nueva noción de familia: las familias

Lo que se entendía por familia, desde el enfoque social y jurídico, ha ido variando. Por ello, en pleno siglo XXI ya no se puede sostener que el Estado protege exclusivamente a las familias nucleares, pues ha ido adecuándose a los cambios sociales y a las nuevas relaciones afectivas familiares.

Asimismo, a partir de la adaptación del Derecho de Familia a los contextos sociales modernos, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que existen nuevas estructuras familiares, distintas a las tradicionales²².

En este sentido, la familia no posee un concepto unívoco, sino que tiene tantos significados jurídicos como valores y circunstancias sociales estén en juego (De Trazegnies, 1999, p. 29); lo cual ha ocasionado que ya no se pueda hablar del Derecho de Familia, sino del Derecho de Familias.

²² Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú en los Expedientes N° 06572-2006-PA, N° 09332-2006/PA/TC y N° 04493-2008-PA.

Este nuevo enfoque, como señala Marisol Fernández (2013, p. 17), se debe a los cambios que se han dado a lo largo de los siglos, y que han influenciado en la estructura familiar y al surgimiento del paradigma de la constitucionalización del Derecho de Familia, el cual prohíbe todo tipo de discriminación.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico peruano reconoce y ampara a las familias²³ extensas, nucleares, monoparentales, ensambladas, matrimoniales y extramatrimoniales. Empero, la protección jurídica que brinda el Estado será más amplia para las que tengan como génesis al vínculo matrimonial.

1.5. Derecho de Familia

En el sentido subjetivo, el Derecho de Familia es entendido como un conjunto de facultades jurídicas y deberes con contenido jurídico cuyo titular es la familia (Peralta, 2008, p. 54).

En cambio, desde una acepción objetiva, es aquella rama del Derecho que se encarga de estudiar el conjunto de enunciados normativos, principios y valores vinculados directamente a las relaciones jurídicas familiares –las cuales pueden ser de contenido patrimonial o extrapatrimonial– generadas entre las personas que el Derecho admite como parientes y entre estas, bajo la categoría de familia, con terceros (De Trazegnies, 1990, p. 27).

Sin embargo, como señala Ana Cecilia Garay Molina (2009, p. 39), el desarrollo del Derecho de Familia es posterior a la institución familiar, por lo que no puede encasillar su contenido a una definición legal.

En efecto, la Ciencia Jurídica solo la ha regulado y reconocido sus funciones, las relaciones intersubjetivas que van surgiendo en su interior y sus proyecciones frente a la sociedad y el Estado, tanto en el tiempo como en el espacio. Esto lleva a establecer que la familia, al igual que lo

²³ A diferencia de los que ocurre en Argentina, Brasil y algunas ciudades de Estados Unidos de Norte América, en el Estado peruano todavía no se reconoce la unión de hecho ni el matrimonio entre personas del mismo sexo; en consecuencia, este tipo de familias no reciben, dentro del ordenamiento jurídico nacional, amparo constitucional ni legal.

jurídico, se desenvuelve y evoluciona en concordancia a los cambios que se dan en la cultura, la economía y otros ámbitos estudiados por las ciencias sociales y humanas; lo cual deriva en que no podemos hablar de “la familia” como unívoca conformación social, sino de las familias, o más propiamente de la familia entendida como una estructura dinámica, cambiante, y en la que se pueden dar diversos conflictos en las distintas esferas de su devenir.

De esta manera, los textos normativos se encargarán de regular las conductas, con contenido jurídico, que se dan dentro de ella; es decir, en el entorno familiar, por lo que deberán de abstenerse de definir lo que la sociedad y el Estado entienden por familia.

Así, las funciones del Derecho de Familia serán garantizar el ejercicio pleno de los derechos íntimamente ligados a la familia, a fin de salvaguardar la dignidad humana de todos sus miembros (Carruitero y Figueroa, 2004, p. 28), y establecer los mecanismos necesarios para el cumplimiento de los deberes, obligaciones y su correspondiente exigibilidad, que tengan como su génesis el seno familiar o los vínculos que surgen de sus integrantes con terceros.

1.5.1. Naturaleza jurídica

La determinación y explicación de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia ha trascendido a la clásica división bipartita del Derecho en Público y Privado, puesto que su devenir histórico incorporó al ámbito social, al cual la Ciencia Jurídica añadió en sus regulaciones. A continuación se desarrollan cada una de las propuestas doctrinarias.

1.5.1.1. Derecho público

Quienes defienden la postura que concibe al Derecho de Familia como una sub especialidad del Derecho Público, argumentan que el Estado desempeña un rol preponderante en el desarrollo y en la protección de la familia (Cornejo, 1999, p. 24).

Así, se ha manifestado que las relaciones familiares se caracterizarían por encontrarse sujetas a la imperatividad estatal basada en el *ius*

cogens y en el orden público que identifica a sus textos normativos; de esta manera, los dispositivos legales que regulan a la familia solamente podrán ser interpretados restrictivamente, pues la autonomía privada se encontraría limitada y los derechos que se reconocen a través de ellas serían indisponibles e imprescriptibles (Varsi, 2011, p. 103).

En consecuencia, rasgos como la subordinación y el sometimiento a deberes legales son componentes inherentes a las relaciones jurídicas familiares, las cuales se estructuran basándose en la autoridad, poderes y jerarquía (Varsi, 2011, p. 104).

A ello cabe agregar que el matrimonio se funda o inicia con intervención del Estado y su disolución también se realiza con intervención estatal; de otro lado, las instituciones de amparo familiar y las supletorias a estas son reguladas por el ente público, incluyendo diversos aspectos patrimoniales, en salvaguarda del interés jurídico familiar.

1.5.1.2. Derecho Privado

Esta posición postula que el Estado no debe invadir en esferas personalísimas como las relaciones familiares, pues los miembros de la familia tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y a su autonomía privada. Este último les permitirá establecer las reglas que han de observar los cónyuges o convivientes entre sí, ellos frente a los hijos y viceversa, así como la manera en la que se desenvolverá la gestión de los asuntos domésticos. Cada familia se organiza y funciona conforme a lo que decidan sus integrantes.

Sin embargo, hace tiempo ha quedado desfasada la idea que entendía que en el Derecho Privado solo confluían intereses particulares, sin existir algunos que vayan más allá de los sujetos individuales que se encontraban vinculados a través de las relaciones jurídicas de contenido privado. En este sentido, se ha adaptado a los tiempos modernos, por lo que la existencia de normas de orden público en él no es óbice para concluir que estamos ante un campo jurídico distinto.

Así, el profesor Alex Plácido (2002, p. 19) refiere que en el Derecho de Familia, como en ninguna otra rama jurídica, el interés de la ley no es solo reconocer un simple provecho individual, ajeno a lo que ocurre en la colectividad, sino un interés orientado en las funciones de los fines familiares.

En consecuencia, “si el Derecho Privado (...) es siempre el Derecho de la persona con sus atributos constitutivos, (...), y la familia la dimensión básica de la persona, (...), carece de sentido incardinar el Derecho de Familia moderno (...) en el ámbito próximo al Derecho Público” (Alonso, 2011, p. 164).

1.5.1.3. Derecho social

Las críticas a las posturas que defendían la ubicación del Derecho de Familia en el Derecho Privado generaron que se empezase a forjar una corriente que estimó conveniente crear un nuevo campo jurídico, pues solo así se podría explicar cabalmente su real dimensión y naturaleza. En este escenario se dio origen al Derecho Social.

Así, se partió de la idea que en las relaciones familiares “existe una mezcla de interés público, social y privado” (Varsi, 2011, p. 104); por ende, en ellas confluirán manifestaciones de la autonomía privada pero sujetas a los textos normativos. En este sentido, la voluntad de los sujetos intervinientes servirá para configurar los negocios jurídicos familiares, los cuales, posteriormente a su creación, se regirán por las bases normativas reguladas en alguna ley.

Estos argumentos son defendidos por Enrique Varsi Rospigliosi (2011, p. 105), quien sostiene que esta postura es la más razonable, pues considerando que si bien la voluntad se encuentra limitada, ella no podría ser dejada de lado, por lo que su campo de acción es reducido, pero no subordinado. Por consiguiente, el interés familiar se encontrará en una posición de mayor jerarquía que la individual.

También se considera que el Derecho de Familia es de naturaleza social, porque a la sociedad mayor y a las sociedades locales les

interesa que exista un sistema jurídico que fortalezca la institución familiar, su organización y participación en el desarrollo socioeconómico, tanto como protagonista de las políticas sociales y como beneficiaria de las ventajas que la colectividad y el Estado brindan a las familias.

1.6. La familia en la legislación peruana

La familia es la institución que más ha variado a lo largo de la historia, ya que se va adaptando a cada época y contexto social. Por ello, su regulación en el Estado peruano ha tenido cuatro cambios significativos, relacionados cada uno de ellos con la entrada en vigencia de un nuevo Código Sustantivo y, por último, de la actual Carta Magna.

1.6.1. Código Civil de 1852

Las disposiciones legales que regulaban a las instituciones y conceptos jurídicos ligados a la familia se encontraban contenidas en el “Libro Primero”, el cual correspondía a los “Derechos de las Personas”. Sin embargo, esta regulación no se sujetaba estrictamente a las relaciones jurídico-familiares.

El desarrollo normativo de la familia se fundamentó en la organización del matrimonio; de tal forma que era entendida como un organismo ético muy estricto. En ella el hombre adquiría un rol preponderante, siendo el único que podía velar por los aspectos patrimoniales familiares y por el cuidado de sus hijos y esposa. De este modo, la patria potestad y, por ende la tenencia, solo era detentada por él, la cual se transformaba en un poder de protección (Garay, 2009, pp. 43-44; Cornejo, 1999, p. 36).

Asimismo, las relaciones familiares se restringían a los parientes más cercanos; careciendo de derechos, deberes y obligaciones los sujetos que en pleno siglo XXI forman parte de la familia extensa.

1.6.2. Código Civil de 1936

Al igual que el Código Civil de 1852, el de 1936 no reguló de manera específica a la familia; no obstante, sí estableció una diferencia entre la

familia legítima e ilegítima, debido a que en el “Libro Segundo” codificó lo referente al matrimonio civil.

Entre sus particularidades resalta la prohibición para investigar la paternidad, la no diferenciación entre los hijos ilegítimos y la subsistencia de la postura que señala la preeminencia del hombre sobre la mujer en lo que concierne al ejercicio de la patria potestad.

Con relación a la tenencia del niño, niña o adolescente, esta era otorgada sobre la base del divorcio sanción; por ende, su titularidad era concedida al cónyuge inocente.

Su artículo 256 regulaba los criterios para conceder la tenencia. Así, los niños mayores de siete años debían de convivir con su papá; en cambio, la tenencia de las hijas menores de edad y de los hijos menores de siete años era otorgada a su mamá. Empero, si el juez determinaba que la aplicación de dichos criterios no garantizaba el interés superior del niño, se encontraba facultado para utilizar otros.

1.6.3. Código Civil de 1984

Con la influencia de la Constitución Política del Perú del año 1979, se produjeron cambios trascendentales en el Derecho de Familia y en la regulación de la familia. Como señala Garay Molina (2009, pp. 46-47), los principales son los siguientes: dentro del matrimonio ambos esposos mantienen una igualdad jurídica, por lo que a los dos les corresponde la toma de decisiones sobre el destino de la familia; la clasificación “hijos legítimos e ilegítimos” desaparece, ya que se considera que todos ellos son iguales ante la ley, independientemente de la manera en la que se daba su filiación; se permite la investigación de la paternidad, abriéndose la posibilidad de realizar exámenes con tal fin; la patria potestad pasa a ser entendida como un atributo que incumbe a ambos padres e inicia una nueva etapa de reconocimiento para los nuevos tipos de familia, germinándose el desarrollo de las uniones de hecho, las familias ensambladas, monoparentales, etc.

En relación a la tenencia, esta es estructurada bajo una visión de sanción, por lo que su dilucidación parte de los supuestos referidos a la separación de cuerpos, divorcio por causal, suspensión o pérdida de la patria potestad e invalidación del matrimonio.

Finalmente, la variación de la tenencia no fue regulada en el Código Civil de 1984, sino en el Código de los Niños y Adolescentes del 2000.

1.6.4. Constitución Política del Perú de 1993

La Constitución Política del Perú de 1993 no define lo que debe entenderse por familia; sin embargo, contiene ciertos elementos que permiten determinar el modelo constitucional que ampara.

De esta forma, a partir de sus enunciados normativos, en específico los artículos 4 y 6, y de diversos tratados internacionales ratificados por el Estado peruano²⁴, se infiere que el modelo de familia constitucional se basa en el carácter natural de la familia; es decir, está determinada por el cumplimiento de fines familiares, dentro de los cuales está el hecho de la generación humana y las relaciones de parentesco (Plácido, 2013, p. 83).

No obstante, esto no es óbice para que la tutela constitucional no se extienda a otros modelos en los que sus integrantes no puedan tener descendencia. La única diferencia será que dicha protección no se equiparará a la brindada a las familias que cumplen los referidos fines constitucionales.

En este sentido, los cambios culturales inciden directamente en la forma en la que se interpretan y aplican las normas constitucionales; por lo que el reconocimiento de otros modelos es factible, siempre que sean generadoras de familias.

1.7. Principios constitucionales sobre la familia

Si bien la Carta Magna de 1993 regula como principios constitucionales de la familia a la promoción del matrimonio, al amparo de las uniones de

²⁴ Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

hecho y a la igualdad de las categorías de filiación, estos no serán tratados en el presente trabajo de investigación, por lo que se procederá a explicar a aquellos que tienen incidencia directa con las variables bajo estudio; es decir, los principios de protección de la familia y el interés superior del niño.

1.7.1. Principio de protección de la familia

Según lo prescrito en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, el Estado y la sociedad protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

Al respecto, según Enrique Varsi Rospigliosi (2011) “este principio vela por el respeto, seguridad, protección y todo en cuanto le favorece a la familia a modo de seguridad, sin importar su origen, condición, ni calidad de sus integrantes” (p. 252).

En este sentido, la Carta Magna no limita la tutela que brinda a un solo modelo de familia, sino que abarca a toda la tipología reconocida legal y jurisprudencialmente. Así, las familias ensambladas, monoparentales, extensas, nucleares, extramatrimoniales y matrimoniales deberán ser protegidas por el Estado y la sociedad en general.

1.7.2. Principio del interés superior del niño

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 regula el principio del interés superior del niño, el cual viene a ser una directriz que servirá como sustento interpretativo, legislativo, de creación e integración para los diversos operadores jurídicos.

Su adecuado ejercicio se traduce en establecer las mejores garantías para favorecer el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales de los menores de edad, por lo que en toda medida legislativa, política, judicial y administrativa deberá de preferirse lo que mejor satisfaga y garantice sus intereses (Cillero, 2007, p. 134).

El desarrollo jurisprudencial, normativo y doctrinario del interés superior del niño será tratado en el “Subcapítulo V” de este capítulo.

1.8. Relación parental, conflicto y crisis familiar

En el interior de la familia se genera una marcada influencia sobre los menores de edad, la cual será determinante para su “inclinación radical a la esperanza o a la desesperanza, a la confianza o a la decepción, a la violencia o la ternura, al amor o al odio” (Alonso, 2011, p. 53).

Así, dentro de la doctrina se ha manifestado que de las diversas relaciones familiares, serán las parentales las que adquirirán una trascendental relevancia. Esto se debe a que en ellas se involucra el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el cual requiere de una tutela privilegiada, acorde a la condición de sujetos de derecho de este especial grupo de personas.

Las relaciones parentales son determinantes para que los menores de edad puedan desarrollarse adecuadamente, ya que garantizan su bienestar general, tanto en el aspecto individual como social.

El bienestar general se trastoca cuando surgen conflictos dentro de la familia, los cuales ocasionan situaciones críticas –la crisis familiar puede deberse a causas referidas a la estructura familiar (crisis transitorias o normativas²⁵) o a hechos accidentales (crisis no transitorias o paranormativas²⁶) (González, 2000, p. 281)– que dañan a todos los que terminan involucrados.

De este modo, los conflictos familiares son aquellas circunstancias en las que existe una contienda de intereses entre los miembros de una familia en crisis, ya sea en forma implícita o explícita. Sus causas son de diversa índole, pudiendo estar referidas a la “relación de pareja, (...), la crianza de los hijos, (...), los desacuerdos acerca de la distribución del dinero y la toma de decisiones referidas a su uso, la dificultad de conciliar la vida laboral y la familiar” (Di Marco, 2005b, p. 112; Bermúdez, 2017, p. 103).

²⁵ Generan cambios en el sistema familiar, los cuales usualmente significan contradicciones, desacuerdos, separaciones o el tránsito y adaptación a nuevas formas organizacionales.

²⁶ Son los cambios o transformaciones que sufre la familia en cualquiera de las etapas en las que se desarrolla. Los eventos que generan este tipo de crisis pueden catalogarse en cuatro: desmembramiento, incremento, desmoralización y desorganización.

Entre los conflictos familiares más comunes y graves encontramos a las separaciones conflictivas²⁷. Estas pueden ser definidas como situaciones críticas en las que el desarrollo social de los infantes resulta seriamente perjudicado, debido a que se fracturan las redes de apoyo social con las que contaban (Vallejo, Sánchez-Barranco F. y Sánchez-Barranco P., 2004, p. 96).

La separación de la pareja genera en los menores de edad la idea de que ellos son los culpables de lo sucedido; es decir, consideran que son la razón de los conflictos y del alejamiento de uno de ellos del hogar familiar. De esta forma, a fin de combatir la supuesta culpabilidad, se refugian en uno de sus padres²⁸, normalmente el que convive con ellos, con el propósito de salvaguardar su estilo de vida y que haga las veces de su protector, ya que, a su entender, es la única familia que les queda.

En este sentido, la deducción que hacen los menores de edad es que quien no está conviviendo con ellos es el malo, el equivocado, el culpable de todos los males de la familia (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 3).

Así, tras la separación, se inicia un proceso de rechazo por parte de los hijos; el cual puede ser primario o secundario: el primero como resultado contiguo a la ruptura de pareja y el segundo como reacción a las separaciones más lánguidas (Segura, Gil y Sepúlveda, 2006, pp. 121-122).

Este rechazo será aprovechado por el progenitor que convive con ellos, ya que podrá manipularlo con mayor facilidad y así lograr que inicie una campaña de denigración en contra del otro padre.

En consecuencia, este escenario conflictivo, que se caracteriza por una separación contenciosa, será el contexto perfecto para que se origine el denominado síndrome de alienación parental (Tejedor, 2008, p. 69).

²⁷ Entre ellas se incluyen al divorcio, separación de cuerpos y separaciones de hecho.

²⁸ En la Psicología es denominado como la figura del apego, la cual refleja el especial lazo afectivo que tiene el hijo con uno de sus padres, normalmente el que ejerce su tenencia.

SUBCAPÍTULO II LA TENENCIA

2.1. Definición

La tenencia es un atributo del contenido personal de la patria potestad, cuyo ejercicio vincula a los padres con sus hijos menores de dieciocho años o que todavía no han logrado emanciparse²⁹.

Para Enrique Varsi Rospigliosi (2012, p. 304) viene a ser un derecho-deber del padre de tener en custodia a su hijo y, al mismo tiempo, un derecho de este de convivir con el progenitor que cumpla con las cualidades personales y materiales para garantizar, en mejor medida, sus condiciones de vida. Así, es una manera de tutelar al infante, que faculta convivir con él y permite velar por su desarrollo y bienestar general (Canales, 2014a, p. 30).

Para otro sector de la doctrina, vendría a ser una facultad de los padres separados de hecho a vivir con su hijo y, por ende, tener contacto constante con él, que permitirá poder brindarle los mejores cuidados que necesite por su especial condición de sujeto de derecho en progresivo desarrollo (Fernández, 2013, p. 225).

En consecuencia, se puede definir a la tenencia como aquel derecho-deber que faculta a los tenedores (padres) a convivir con sus tenidos (hijos) en el hogar familiar, con la finalidad de custodiarlos y, de esa forma, poder ejercer otras atribuciones de la guarda. Asimismo, genera para los hijos dos deberes –los cuales consisten en convivir con su mamá y papá y en apoyarlos en la realización de los quehaceres del hogar, en la medida que ello no afecte su salud o perjudique su aprendizaje– y un derecho –a vivir con sus progenitores y a no ser separados de ellos³⁰, salvo que existan causas que justifiquen dicha decisión (Aguilar B., 2008, p. 342)–.

²⁹ Supuesto de hecho previsto en el artículo 46 del Código Civil, el cual prescribe que los mayores de dieciséis años podrán ser capaces absolutos cuando hayan contraído matrimonio o título oficial que les autorice ejercer una profesión u oficio.

³⁰ En concordancia con el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.2. Diferencias con la guarda y la custodia

De la tenencia, como señala Benjamín Aguilar Llanos (2013, p. 342), surge el deber de los padres de custodiar a su prole; es decir, de vigilarlos, asistirlos y protegerlos.

En consecuencia, la custodia implicará una carga para el titular de la tenencia, quien deberá velar personalmente y de manera efectiva por el desarrollo de su hijo.

Así, la principal diferencia entre tenencia y custodia será que la primera no solo es un derecho-deber de los padres, sino también de los hijos; mientras que la segunda importa únicamente un deber general a cargo del progenitor titular de la tenencia (que puede ser conjunta, exclusiva o compartida) de brindar un cuidado directo a la dimensión personal del menor de edad.

Por otro lado, la tenencia tampoco se equipara a la guarda. Esta última viene a ser una institución que garantiza el derecho de las personas que no son plenamente capaces, por lo que abarca a todas aquellas instituciones a través de las cuales se brinda cuidado y protección a un sujeto individual inmaduro o que padece de algún detrimento en su salud mental; por lo que dichas funciones pueden ser ejercidas por cualquier familiar o un tercero (Ragel, 2001, p. 284). De este modo, para Enrique Varsi Rospigliosi (2012) existen cinco tipos de guarda: “i) patria potestad, ii) tutela, iii) curatela, iv) acogimiento familiar y v) adopción” (p. 303).

En lo que respecta a los menores de edad, la guarda vendría a ser el contenido de orden personal de la patria potestad, por lo que de ella se derivan los deberes de cuidado, corrección, educación, alimentación, asistencia y prestación de servicios (Canales, 2014a, p. 29).

En consecuencia, la tenencia viene a ser un derecho-deber que se deriva de la guarda, mientras que esta “se traduce en el hecho de vivir en familia prestando la atención al [progreso] de los hijos, alimentándolos (...) [y] otorgándoles el desarrollo en un ambiente adecuado, privándolos de malos ejemplos” (Canales, 2014a, p. 29).

2.3. Terminología

Respecto a su terminología, se ha argumentado que la palabra “tenencia” no es la adecuada para representar el vínculo jurídico parental, pues da a entender que existe un derecho real de posesión sobre los últimos (Gallegos y Jara, 2014, p. 435). Así, se prefiere utilizar, en la legislación comparada y en un sector de la doctrina, las denominaciones “convivencia con el hijo”, “cuidado personal del hijo” o “residencia habitual del hijo” para referirse al mismo derecho-deber.

No obstante, como refiere Enrique Varsi Rospigliosi (2012, p. 304), la tenencia, para el Derecho de Familia, se ampara en un título, el cual es detentado, en principio, por los progenitores, ya que ellos ejercen las atribuciones que les confiere la patria potestad.

De parecida opinión es Ariel Villar (2003, pp. 154-155), quien reflexiona que es el Derecho de Familia el que otorga al término “tenencia” un sentido de cercanía necesaria entre un padre y su hijo, a fin de hacer viables las demás obligaciones, deberes y derechos que la ley les atribuye.

2.4. Titularidad

Con relación a su titularidad, si bien en un inicio solo podía ser ejercido y detentado por uno de los padres (Sokolich, 2004, p.72), en la actualidad, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 29269 (del diecisiete de octubre del dos mil ocho, que regula la figura de la tenencia compartida), existe la posibilidad legal de que ambos puedan ser sus titulares, por lo que ya sea a nivel judicial o por acuerdo se puede disponer ello.

Por otro lado, en la jurisprudencia y en la doctrina también está en discusión si es que la tenencia es un derecho exclusivo de los padres o también puede ser extendida a favor de terceros.

Al respecto, Benjamín Aguilar (2013, p. 342) sostiene que solo los progenitores pueden ser titulares de la tenencia, pues es un atributo del contenido personal de la patria potestad, institución cuyo origen y

desarrollo siempre ha estado ligada a la figura paterna y materna; no obstante, si se diese el caso en que un menor de edad no viva con sus padres y se encuentre en poder de un tercero, este sujeto de derecho cuidará de él provisionalmente en tanto se dilucide su situación, y así estará como guardador o tutor provisional con los deberes y derechos específicos de estas instituciones.

En posición contraria se encuentra Enrique Varsi Rospigliosi (2012, p.306), quien considera que el hecho de convivir con un menor de edad y custodiarlo no se limita a los progenitores; así, cuando se declara la tutela, el tutor ejercerá dicho derecho-deber a pesar de no tener las atribuciones que confiere la patria potestad. En esta orientación, si bien el Código de los Niños y Adolescentes³¹ solo se refiere a los padres, nada impide que otros familiares³², como los abuelos³³, puedan pretender convivir con el niño, niña o adolescente.

Sin embargo, esta posibilidad se dará siempre y cuando los progenitores sean incapaces, se encuentren ausentes o demuestren ineptitud para desempeñar adecuadamente sus roles (Varsi, 2012, p. 306). Así, como refiere Alex Plácido (2002, p. 326), deberá de imputarse a los padres una causal de suspensión o pérdida de la patria potestad, a fin de que se instituya, a favor del tercero, la tutela del menor de edad y su tenencia.

Esta posición ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia, la cual, a través de la Casación N° 4881-2009-Amazonas, ha señalado que la tenencia será otorgada a favor de los abuelos maternos si ellos garantizan, en mejor medida, las condiciones materiales y personales del nieto, en comparación del cuidado que le puede brindar su padre.

³¹ El Código de los Niños y Adolescentes derogado, en su artículo 90, prescribía que cualquier persona con legítimo interés podía pretender la tenencia de un menor de edad. En la realidad generó muchos problemas, pues su ejercicio por un tercero no significaba que los padres no pudiesen seguir detentando las otras atribuciones de la patria potestad; generándose así supuestos en donde existía un conflicto en la dirección sobre el hijo, debido a que mientras el tenedor disponía algo, los padres ordenaban lo contrario.

³² Aplicando una interpretación extensiva y favoreciendo el principio del interés superior del niño.

³³ En el caso de los abuelos, se establece en la doctrina que deben existir ciertos parámetros sobre los cuales se puede basar el juez para otorgar la tenencia: 1) se preferirá a la pareja de abuelos, si en la línea paterna o materna aún existe, que garantizará en mejor medida los derechos de su nieto y 2) se optará por la tenencia exclusiva, debiéndose preferir a quien convivió más tiempo con su nieto, si no existen parejas de abuelos o, existiendo, no cumplen el perfil adecuado para poder cuidar de la persona del tenido.

2.5. Contenido

La tenencia, como refiere Alex Plácido (2002, pp. 324-325), impone deberes primordiales para los padres y los hijos. El deber de los progenitores se concretiza en la convivencia con los hijos en el hogar familiar³⁴ (entendido en un sentido amplio); en cambio, el de los hijos se fundamenta en la permanencia en el hogar familiar y en la colaboración que brinden en todos los quehaceres domésticos, siempre que ello no afecte su derecho a la salud o a la educación.

Esta convivencia hace posible el ejercicio efectivo de otros atributos personales de la patria potestad, como los prescritos en los literales a), c), e) y g) del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes e incisos 1), 2), 4) y 5) del artículo 423 del Código Civil³⁵ (Mella, 2016, p. 154).

Asimismo, también confiere derechos; al respecto, Fermín, Lucía y Carmen Chunga (2016, p. 292) consideran que crea una situación jurídica de ventaja para progenitores e hijos, el cual permite que exista convivencia entre quienes beneficien en mejor medida al hijo.

De este modo, muchos autores opinan que el derecho que se desprende de la titularidad de la tenencia se concretiza en la facultad que tienen los progenitores separados de hecho de determinar quién de ellos convivirá con el hijo (Canales, 2014a, p. 30; Varsi, 2012, p. 304).

2.6. Clases

2.6.1. De acuerdo al tiempo

2.6.1.1. Tenencia definitiva

La tenencia definitiva es aquella que se sustenta en una sentencia o en un acuerdo conciliatorio. Se denomina definitiva porque se requerirá de

³⁴ Debe diferenciarse al hogar familiar del domicilio conyugal, la casa conyugal y la dirección domiciliaria. Así, el hogar familiar viene a ser el conjunto de escenarios en donde progenitores e hijos mantiene una relación afectiva y contacto personal, por lo que no se circunscribe a un lugar físico; en cambio, el domicilio conyugal es el lugar en donde los cónyuges residen habitualmente, cuyo fin es coadyuvar en la determinación de la competencia de los jueces y al trámite de procedimientos extrajudiciales. En lo que respecta a la casa conyugal, esta vendría a ser la edificación (estructura arquitectónica) en donde habitan los esposos. Finalmente, la dirección domiciliaria se refiere a la ubicación de la casa conyugal, es decir, al espacio geográfico exacto en donde se encontrará la casa que comparten los esposos.

³⁵ Estos se refieren a los derechos y deberes de los padres que ejercen la patria potestad a velar por su desarrollo integral, dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo, tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos y recibir ayuda de ellos, sin perjudicar su atención.

un nuevo convenio, producido en un procedimiento de conciliación, o de una resolución, emitida en un proceso judicial, para su variación o modificación (Canales, 2014a, p. 54).

En lo que respecta a la resolución judicial, según lo prescrito en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, será el juez de familia³⁶ el competente para determinar a quién le corresponde la tenencia definitiva.

En cambio, en el caso del acuerdo conciliatorio, según lo prescrito en la Ley N° 26872 (Ley de Conciliación) y el Decreto Supremo N° 014-2008-JUS (Reglamento de la Ley de Conciliación), serán los padres, ya sea de manera personal o a través de un representante, quienes acordarán sobre el ejercicio de la tenencia.

En ambos casos, la tenencia podrá ser ejercida de manera compartida o exclusiva, atendiendo al interés superior del niño, niña y adolescente.

2.6.1.2. Tenencia provisional

El padre que no convive con su hijo podrá pretender su tenencia provisional (como medida cautelar anticipada sobre el fondo), siempre y cuando la integridad física o psicológica de este se encuentre en peligro.

Así, en aplicación del artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes, el no tenedor podrá pretender la tenencia provisional, la cual deberá ser atendida en un plazo no mayor a las 24 horas cuando el niño o niña fuese menor de tres años y estuviese en peligro su integridad física.

En cambio, fuera de estos supuestos; es decir, cuando la edad del infante sea mayor a los tres años o esté en peligro solo su integridad psicológica, el juez resolverá la demanda de tenencia provisional

³⁶ En el supuesto que no exista en un determinado distrito judicial el juez especializado en familia, el competente será el mixto o el civil. Ello se encuentra previsto en inciso 3 del artículo 49 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario³⁷, previo dictamen fiscal.

2.6.2. De acuerdo a su ejercicio

2.6.2.1. Tenencia conjunta

La tenencia conjunta se da cuando ambos padres conviven con sus hijos (Canales, 2014a, p. 53); lo que significa que a los dos les corresponde ejercer conjuntamente este derecho-deber.

Normalmente, además de la tenencia, los progenitores ejercerán simultáneamente los demás atributos de contenido personal y patrimonial de la patria potestad.

En correspondencia a la regulación del Código Civil y al Código de los Niños y Adolescentes, supone la inexistencia de los supuestos de hecho referidos a las pretensiones que pueden versar sobre invalidez del matrimonio, divorcio sanción, otorgamiento o reconocimiento de la tenencia, suspensión o pérdida de la patria potestad, régimen de visitas, separación de cuerpos o de hecho³⁸. Pues en todos ellos existen textos normativos que disponen que la tenencia solo será otorgada a uno de los padres, mientras que el otro, según las circunstancias que se presenten en el caso en concreto, pasará a ser titular del derecho de relación (visitas en el sentido amplio).

2.6.2.2. Tenencia compartida

La tenencia compartida, también llamada coparentalidad, es una figura del Derecho Anglosajón, viene a ser la institución jurídica a través de la cual los menores de edad pueden disfrutar de la convivencia con sus dos padres, a pesar que estos se encuentren separados, favoreciendo en mayor medida la construcción de su personalidad.

En palabras de Marisol Fernández (2013, p. 228), su característica distintiva es que mamá y papá serán responsables de su hijo, teniendo

³⁷ El equipo multidisciplinario, según lo prescrito en el artículo 149 del Código de los Niños y Adolescentes, estará integrado por médicos, psicólogos y asistentes sociales.

³⁸ Entendida como la separación fáctica de la pareja; implica la no continuación de la convivencia. Este supuesto se encuentra previsto en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, diferenciándose del regulado en el artículo 333 inciso 12 del Código Civil, como causal de separación de cuerpos y divorcio vincular.

la autoridad sobre ellos por el cuidado ejercido, de tal forma que se podría decir que se da la apariencia de estar frente a una familia incólume.

Así, permite que ambos progenitores puedan intervenir activamente en el desarrollo social, físico, psicológico, emocional y sentimental del hijo; ya que los dos serán los titulares de los derechos, deberes y obligaciones que acarrea la patria potestad (Canales, 2014b, p.105).

Como señala Fermín Romero (2009, pp. 12-13), la tenencia compartida es más que una institución legal, es una entidad resultante de un proceso sociocultural³⁹, pues se caracteriza por tener una filosofía debidamente determinada; la cual está relacionada con lo que la sociedad entiende por maternidad y paternidad y, en consecuencia, con el modo en que los padres extienden sus relaciones paterno-filiales después de haberse separado. Por consiguiente, parte del principio por el cual la separación pone fin a la convivencia de la pareja pero no a los vínculos parentales.

La tenencia compartida se sustenta en dos líneas rectoras: el derecho del menor de edad a ser cuidado por sus padres y el equilibrio en el reparto de derechos y deberes de los progenitores. En tal sentido, su otorgamiento, en principio, solo deberá ser concedido cuando sea el resultado de un acuerdo por parte de los padres, pues únicamente en este caso se podrán ofrecer reales garantías a los infantes (Ruíz, 2011, p. 128).

En lo que respecta a su ejercicio, supone la distribución por tiempos iguales para cada progenitor, por lo que será necesario determinar la proximidad de los domicilios al centro educativo del hijo, así como su predisposición a mantener una adecuada comunicación y a favorecer que el niño, niña o adolescente tenga contacto con ambos. A ello se

³⁹ Son tres los fenómenos sociales que permiten contextualizar su desarrollo: 1) el declive de la figura del padre (derivado de la independencia de la mujer y del aumento de los divorcios), 2) la centralidad de la mujer (en específico cuando se produce la ruptura matrimonial) y 3) la reivindicación de un nuevo modelo de padre (como consecuencia del divorcio, la madre consigue otra pareja y; por consiguiente, una nueva figura paterna para su hijo).

suma un equilibrio emocional, diálogo entre ellos y que las decisiones sean adoptadas en beneficio del menor de edad.

La tenencia compartida, siempre y cuando sea ejercida de manera adecuada, genera mayores ventajas que la exclusiva; así, entre los beneficios para los infantes se encuentra la convivencia igualitaria con cada uno de sus padres, la mayor y más continuada comunicación, la disminución o desaparición de la crisis de lealtades y el buen ejemplo de diálogo.

En lo que respecta a los padres, los beneficios son los siguientes: ambos detentan la tenencia, se mejora la comunicación entre ellos, se equipara el tiempo en el que disfrutan la convivencia con el hijo y se equilibra el gasto por su crianza y cuidado.

Por otro lado, sus mayores desventajas son la adaptación material (casas, reglas, hábitos, etc.), los altos costos que conlleva y la necesaria proximidad que deben tener los titulares, lo cual se traduce en un trabajo con horarios flexibles.

Finalmente, es necesario señalar que la tenencia compartida se incorporó en el ordenamiento jurídico peruano a través de la Ley N° 29269, cuyo artículo 1 modificó al 81 del Código de los Niños y Adolescentes; por ende, ante la existencia de una separación de hecho y cuando los progenitores no lleguen a un acuerdo o el adoptado sea perjudicial para los infantes, el juez deberá de preferir la tenencia compartida, siempre que ello favorezca al interés superior del niño, niña o adolescente.

2.6.2.3. Tenencia exclusiva

En la tenencia exclusiva o monoparental solo uno de los progenitores, sin importar que estén casados o sean integrantes de una convivencia *more uxorio*, cohabitará con su hijo. Ya que lo determinante es que ambos estén separados de hecho (Canales, 2014a, p. 54).

Así, el progenitor que ejerce la tenencia exclusiva estará facultado para tomar decisiones sobre aspectos vinculados a la custodia del menor de

edad, sin necesitar de la previa autorización del padre que no convive con él (Romero, 2009, p. 18).

En el ordenamiento jurídico peruano, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29269, que introdujo la figura de la tenencia compartida, era la única forma legal por la que se podía resolver los conflictos que versaban sobre la convivencia de un menor de edad y que estaban directamente relacionados con el fenecimiento de la relación de pareja que mantenían los progenitores. Por ello, los artículos 282, 340, 345, 355, 420, 421 y 466 inciso 4 del Código Civil y los artículos 75 inciso g y 81 hasta el 87 del Código de los Niños y Adolescentes prescriben que solo uno de los padres se encargará de la tenencia.

En lo que respecta al progenitor que no ejerce la tenencia, en aplicación del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, será beneficiado con el otorgamiento de un régimen de visitas, siempre y cuando esté al día con la obligación de pagar la pensión de alimentos.

En consecuencia, este tipo de tenencia genera un dualismo en las relaciones parentales, debido a que el hijo estará conviviendo con el progenitor que la detenta, mientras que el otro solo lo visitará algunos días, lo cual supone que ante su perspectiva, un padre poseerá más cargas que el otro.

2.7. Su regulación en el ordenamiento jurídico peruano

2.7.1. Código Civil de 1984

El Código Civil de 1984 de manera expresa no hace ningún tipo de referencia a la tenencia; no obstante, de sus artículos 282, 340, 345, 355, 420 y 466 inciso 4 se puede concluir que ante la existencia de una separación de cuerpos, divorcio por causal, suspensión de la patria potestad e invalidez del matrimonio el juez deberá determinar con cuál de sus progenitores convivirá el niño, niña o adolescente.

Por otro lado, en el artículo 423 inciso 5 se establece el derecho-deber de los padres que ejercen la patria potestad de tener a los hijos en su

compañía. Este supuesto de hecho es el que más se asemeja a la tenencia (Varsi, 2012, p. 310).

Precisamente, en este texto normativo se señala que el progenitor que ejerce la patria potestad tiene el derecho y el deber de convivir con sus hijos, por lo que podrá recogerlos del lugar en el que se encuentren sin su autorización, pudiendo acudir a la autoridad si es necesario. De este modo, se genera la posibilidad de poder vigilarlos y tenerlos bajo control (Cornejo, 1999, p. 531).

Asimismo, de su ejercicio se desprende el deber de los progenitores de responder solidariamente por los daños causados por sus hijos, por lo que será aplicable lo previsto en el artículo 1975 del referido cuerpo de leyes, el cual prescribe que el representante legal de la persona con incapacidad de ejercicio es solidariamente responsable del daño que este ocasione, ya sea que ello haya ocurrido cuando tenga o no discernimiento.

Finalmente, el artículo 397 se relaciona indirectamente con la tenencia, pues establece que el hijo extramatrimonial solo podrá convivir con su padre si es que este ha recibido el asentimiento de su cónyuge (en el caso que ambos compartan el mismo domicilio conyugal).

2.7.2. Código de los Niños y Adolescentes del 2000

2.7.2.1. La separación de hecho como presupuesto de la tenencia

Según el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, cuando los padres están separados de hecho, la tenencia puede determinarse por acuerdo entre ellos o por el juez.

En el primer supuesto, los padres, al momento de llegar a un acuerdo, deberán de tener en cuenta la opinión de su hijo; en caso contrario, se estaría vulnerado su interés superior, lo cual permitirá que el juez tenga la facultad para poder decidir por ellos. Así, la decisión de los progenitores deberá basarse en una relación trilateral: papá, mamá e hijos; excluyéndose todo acuerdo adoptado sin que previamente los tres hayan intervenido (Avalos, 2016, p. 37).

En lo que respecta al segundo supuesto, el juez podrá determinar la tenencia siempre y cuando los progenitores no hubiesen podido llegar a un acuerdo o el adoptado sea perjudicial para el hijo; es decir, su participación resulta ser subsidiaria (Garay, 2009, p. 94). Por ello, en la doctrina se sostiene que este supuesto es el más complejo y difícil, ya que un tercero (juzgador) ajeno a la relación parental será quien decidirá, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento –en colaboración del equipo multidisciplinario– y garantizando el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oído o escuchado, con quién convivirá el menor de edad (Canales, 2014a, p. 57).

Por otro lado, a fin de que el juez pueda decidir a quién se le otorgará la titularidad de la tenencia, basará su elección en los criterios previstos en el artículo 84 del mismo cuerpo normativo; es decir, los referentes al tiempo de convivencia, a las necesidades del infante según su edad y, en cualquiera de los supuestos, a quien mejor garantice el derecho del menor de edad a mantener contacto con su progenitor no conviviente (Avalos, 2017, párr. 5).

En ambos casos –tenencia determinada por los progenitores o por el juez– se deberá preferir la tenencia compartida, siempre y cuando las circunstancias personales y materiales lo permitan; en caso contrario, se estaría afectando las integridades física y psicológica de los niños, niñas y adolescentes, pues se les impondría un estilo de vida que los perjudicaría.

2.7.2.2. El otorgamiento y reconocimiento de la tenencia

El artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes regula un requisito especial de procedencia para pretender la tenencia. Efectivamente, según el tenor literal de este dispositivo legal, tendrá legitimidad para obrar activa el cónyuge que desea que se le reconozca el derecho de tenencia que ya ejerce de hecho y el padre a quien se le ha arrebatado su hijo.

En ambos casos, ya sea para restituir la tenencia u obtener su reconocimiento judicial, será necesario que el progenitor demandante acompañe a su escrito postulatorio el documento que lo identifique como tal, la partida de nacimiento del menor de edad cuya tenencia se demanda y las pruebas pertinentes para acreditar que cumple con las mejores condiciones personales y materiales para detentar la tenencia (Chunga, Chunga F., Chunga C., 2016, p. 293).

A estos requisitos se debe adicionar lo prescrito en el artículo 97 del mismo cuerpo legislativo, por el cual será improcedente la demanda de tenencia si el demandante no se ha puesto al día en el pago de la pensión de alimentos.

2.7.2.3. Criterios para otorgar la tenencia

Dentro de las diversas pretensiones que resuelven los jueces, el otorgamiento de la tenencia es una de las más complejas, pues en su dilucidación deberá prevalecer el interés superior del niño (Villar, 2003, p. 164).

Así, el juzgador debe apartarse de criterios subjetivos o que no incidan directamente en el bienestar general del menor de edad; en tal sentido, no valorará el grado de educación de los progenitores, su nivel socioeconómico⁴⁰, la culpa de ellos en el divorcio⁴¹ (en el supuesto que hubiesen estado casados) ni el grado de interacción o acoplamiento de sus conductas a los cánones sociales imperantes en una comunidad (Villar, 2003, p. 157).

En esta orientación se encuentra el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual recoge normativamente los criterios que debe de tomar en cuenta el juez –cuando no exista acuerdo entre los progenitores o el adoptado no garantice el interés superior del niño– para otorgar la tenencia exclusiva.

⁴⁰ No se toma en cuenta este criterio porque es obligación de ambos padres prestar los alimentos necesarios para el desarrollo adecuado de su hijo; de tal modo que la asistencia, educación, vestido, habitación, etc. deberán ser brindados por ambos.

⁴¹ No deben de mezclarse las relaciones parentales con las conyugales o convivenciales. Pues el hecho de que un sujeto sea un mal esposo o esposa no significa que también lo sea en su rol paterno o materno.

Analizando los criterios que recoge el referido texto normativo, se observa que en el literal a) se prefiere otorgar la tenencia al progenitor que convivió más tiempo con el hijo, siempre y cuando ello le sea favorable.

En la doctrina, este criterio es denominado como “preferencia por el dador o dadora de cuidados básicos”. Se basa, a fin de aplicar el interés superior del niño, en analizar el tiempo y la forma en la que se ha llevado a cabo el cuidado personal que cada uno de los progenitores ha dedicado a su hijo cuando todavía existía una convivencia y unión familiar, por lo que se prefiere la estabilidad en su entorno, a fin de que pueda seguir manteniendo su estilo de vida (Villar, 2003, p. 162). En este sentido, se opta por otorgar la tenencia al progenitor que cuidó más tiempo al menor de edad, por lo que se instaura un razonamiento que no permite centrarse en enfoques de discriminación por el género (Fernández, 2013, pp. 228-229).

Ahora bien, en el supuesto que la separación de hecho de los progenitores ya existía o nunca llegaron a convivir, el literal a) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes también se aplicaría, por lo que el juez deberá analizar ello al momento de emitir la sentencia respectiva.

El literal b) del artículo bajo análisis prescribe que el niño o niña menor de tres años permanecerá con su mamá. Este criterio es conocido como “la doctrina de la preferencia materna”.

Su origen se remonta al Estado de Inglaterra, en donde surgió en el año 1880. Se basa en un contexto biológico, debido a que se presume que toda mujer, por el solo hecho de serlo, posee mayores aptitudes, en comparación con el hombre, para criar a los hijos. Así, se parte de la premisa que todo menor de edad, en sus primeros años, necesita ser cuidado por su madre (Fernández, 2013, pp. 226-227).

Este razonamiento tuvo impactos negativos y positivos. En lo que respecta a los primeros, significaba que las mujeres veían truncadas

sus expectativas de progreso, ya que tenían que dedicar varios años de su vida solo al cuidado de los infantes. En referencia a los efectos positivos, se consideró como primordial la satisfacción de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes (Fernández, 2013, p. 227).

Por ello, se alega que esta doctrina significó el reconocimiento de los derechos de la mujer en la familia, pero, al mismo tiempo, implicó que su participación en ella se restringiera a un espacio privado. Esto desencadenó que a finales del siglo XX empezase a recibir críticas por parte de los grupos feministas y de papás divorciados y separados, fundamentado sus posiciones en los principios de igualdad y no discriminación (Fernández, 2013, p. 227).

Respecto al literal c) del artículo 84, este prescribe que todo progenitor que no sea el titular del derecho-deber de tenencia será beneficiado con un régimen de visitas.

El régimen de visitas, como materialización del derecho de relación, parte del entendido que los niños, niñas y adolescentes no deben sufrir los embates que genera la separación de sus padres, por lo que deberá tener comunicación constante y contacto personal con ambos.

Así, el juez, en la sentencia en la que se otorga la titularidad del derecho-deber de tenencia, deberá también fijar el régimen de visitas para el otro progenitor, a pesar que no lo haya solicitado; debido a que el derecho de relación favorece especialmente a los menores de edad.

La parte *in fine* del artículo analizado prescribe que en cualquiera de los supuestos, el juez preferirá otorgar la tenencia a quien mejor garantice el derecho de sus hijos a mantener contacto con el otro progenitor.

Este derecho encuentra su correlato en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual prescribe en su artículo 9 que es una obligación estatal velar por la concreta posibilidad que deben de tener los niños, niñas y adolescentes a mantener de modo regular relaciones

personales y contacto directo con sus progenitores, siempre que ello no perjudique su interés privilegiado.

Finalmente, si bien no es un criterio previsto en el Código de los Niños y Adolescentes, los jueces también consideran la cercanía entre hermanos para otorgar la tenencia exclusiva; así, existe acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en decidir que lo mejor para los menores de edad es que se mantenga la convivencia entre hermanos, “a fin de mantener cohesionado lo más humanamente posible lo que resta del antiguo grupo familiar, ahora desmembrado por la separación de sus padres” (Villar, 2003, p. 161). Empero, este criterio pierde intensidad si es que entre ellos no existen buenas relaciones de hermandad (Villar, 2003, p. 161).

En resumen, el juez deberá tener en cuenta siempre el parecer del niño, niña o adolescente; asimismo, analizará las circunstancias concretas del caso, en concordancia con los criterios legales, por lo que suele priorizar: el interés superior del niño, el derecho de audiencia de los menores de edad, el principio de no separación de hermanos, la edad de los hijos, el tiempo de que disponen los progenitores, la convivencia del solicitante con una tercera persona (otra pareja), el lugar de residencia, entre otros criterios (Canales, 2014b, pp. 106-107).

2.7.2.4. El derecho a opinar de los menores de edad en el proceso de tenencia

Un artículo que se encuentra íntimamente ligado a la Convención sobre los Derechos del Niño es el 85 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual recoge dos derechos fundamentales de los menores de edad: el derecho del niño o niña a ser oído y el del adolescente a ser escuchado.

En principio, este dispositivo legal materializa un enfoque progresivo de los derechos de los menores de edad, quienes con el transcurrir de los años van adquiriendo más madurez y, por ende, mayores facultades de discernimiento y la posibilidad de poder ejercer de manera plena su

autonomía privada, pues ya puede vincularse por sí mismo en relaciones jurídicas y prever las consecuencias de sus acciones y omisiones.

Ahora bien, a pesar que el citado artículo prescribe que es una obligación del juez practicar de oficio la actuación judicial que permitirá escuchar u oír a los menores de edad, esto no significa que siempre se decidirá atendiendo a sus deseos, pues muchas veces no será lo que más beneficiará a su interés superior (Chunga, Chunga Chávez, L., Chunga Chávez, C., 2016, p. 295; Canales, 2014a, p. 63).

De este modo, el juez deberá estar atento en el ejercicio de sus facultades tuitivas, ya que existirán situaciones en las que las opiniones de los menores de edad estarán trastocadas, como lo que sucede cuando existe el denominado síndrome de alienación parental.

2.8. Desarrollo jurisprudencial

En lo que respecta a la titularidad de la tenencia, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado, en la Casación N° 4774-2006-La Libertad (sexto considerando), que si es lo más beneficioso para el desarrollo integral del menor de edad, puede ser detentada por alguien que no ejerce los atributos personales y patrimoniales de la patria potestad (Tenencia y custodia de menor, 2007).

No obstante, como se señala en la Casación N° 4881-2009-Amazonas (sétimo considerando) y en la sentencia de vista del Expediente N° 1432-2009, tramitado ante la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima (octavo considerando), solamente se preferirá otorgar la tenencia a un tercero (abuelos maternos) si es que reúne las mejores condiciones materiales y personales, en comparación al padre, para convivir con el niño, niña o adolescente; además, se valora el tiempo que han convivido y la estabilidad que se brindará a favor de su desarrollo integral (s.d., 2011).

Para descubrir ello, según la Casación N° 1066-2001-Huarua (sexto considerando), será necesaria la participación activa del equipo multidisciplinario (s.d., 2001).

Otro tema en el que ha centrado su atención la jurisprudencia, es la obligación legal de escuchar u oír a los menores de edad; precisamente, en las Casaciones N° 34-2004-Junín (quinto considerando) y N° 1279-2000-Piura (citado por Canales, 2014a, pp.151-152) se señaló que en todos los casos en los que está en litigio la tenencia, el juez debe tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes en razón de su madurez y edad (Tenencia y custodia de menor, 2005).

En lo concerniente a los criterios para otorgar la tenencia, reiteradamente se ha tenido en cuenta el tiempo que ha convivido el hijo con uno de sus padres; así, como señala la sentencia de vista del Expediente N° 1398-2009, tramitado ante la Sala Especializada en Familia de Lima (vigésimo considerando), el juez deberá preferir al progenitor que ha vivido más tiempo junto al menor de edad, pues ello significa que le ha brindado mayores cuidados (Tenencia, 2010).

Otro criterio es el género de los progenitores. Como refiere la Casación N° 611-2005-Lima (tercer considerando), en el supuesto que ambos cumplan adecuadas condiciones personales y materiales para poder vivir con el infante (niño de tres años), pero estén viviendo en lugares muy distantes entre sí como para disponer la tenencia compartida, se preferirá conceder el cuidado de este a su madre (s.d., 2006).

Finalmente, como se argumenta en la Casación N° 1015-2000-Lima (noveno considerando), si el juez no tiene en cuenta todos los criterios para otorgar la tenencia, su decisión, contenida en una sentencia, deberá ser declarada nula, por no garantizar el interés superior del niño (s.d., 2000).

SUBCAPÍTULO III LA VARIACIÓN DE LA TENENCIA

3.1. Definición

La variación de la tenencia es un derecho del progenitor no tenedor por el cual tiene la facultad de solicitar al juez que se le otorgue la tenencia exclusiva de su hijo, pues quien la detenta no le brinda los cuidados necesarios o no lo hace de manera adecuada (Canales, 2014a, p. 85).

Vendría a ser un derecho personalísimo que parte de las atribuciones de la patria potestad y que se dirige a garantizar el bienestar general de los menores de edad, pues busca que ellos convivan con quien mejor garantice sus derechos fundamentales; es decir, su interés superior.

En este sentido, requiere “analizar diversos factores, que son de dos órdenes. Así debe contraponerse el beneficio que se espera obtener [a través del] cambio (...) con el daño que cualquier [modificación] en su modo de vida producirá, necesariamente, sobre el menor” (Stilerman, 2004, p. 132).

3.2. Estabilidad y variación

La variación de la tenencia se sustenta en la provisionalidad de su otorgamiento. En efecto, como ocurre con la mayoría de pretensiones vinculadas al Derecho de Familia, la designación del tenedor se sujetará a lo que más beneficie al menor de edad (Stilerman, 2004, p. 131).

Así, si bien lo ideal es que la situación jurídica de los niños, niña y adolescentes se mantenga incólume, lo usual es que ella mute constantemente, por lo que el juez deberá analizar si las circunstancias que justificaron el otorgamiento inicial siguen presentes a fin de decidir si se variará o no la tenencia (Stilerman, 2004, p. 132).

En este sentido, sobre la base del criterio de estabilidad, el juzgador tendrá que evaluar si se justifica el cambio de la titularidad del referido derecho-deber. Si se prevé un mayor beneficio para el hijo, la variación

resultará necesaria; por el contrario, si se proyecta que dicha decisión causará mayores perjuicios, entonces se mantendrá intacta la titularidad.

3.3. Tramitación

La variación de la tenencia deberá ser pretendida en un nuevo proceso, debiendo existir previamente una tenencia cuya titularidad haya sido otorgada por mandato judicial⁴² o acuerdo conciliatorio extrajudicial convalidado judicialmente, para que la demanda pueda ser declarada procedente.

Precisamente, la tenencia que se busca variar es aquella que ha sido fijada en un proceso de divorcio, separación de cuerpos, suspensión o pérdida de la patria potestad, nulidad de matrimonio, otorgamiento y reconocimiento de tenencia y acuerdo extrajudicial convalidado por el juez.

Asimismo, como requisito de procedencia, según el tenor literal del artículo 97 del Código de los Niños y Adolescentes, es necesario que el demandante esté al día en el pago de las pensiones alimenticias, salvo causa justificada.

En lo que respecta a los sujetos procesales, el juez competente para tramitar la pretensión de variación será el especializado en temas de familia y, en su defecto, el civil o mixto. Asimismo, es necesario que participe el Ministerio Público como dictaminador y el equipo multidisciplinario en la dilucidación de la controversia y en la ejecución de la resolución que resuelve el fondo del conflicto.

Por otro lado, según el artículo 160 del Código de los Niños y Adolescentes, la vía procedimental aplicable a estos casos será la del proceso único.

Finalmente, para lograr la fundabilidad de la demanda, el accionante tendrá que acreditar la existencia de causas que ameriten sustituir al

⁴² Es por ello que se dice que en los procesos de familia no existe la cosa juzgada material, sino solamente la formal; es decir, que dentro de un mismo proceso ya no se puede discutir el contenido de una resolución consentida o ejecutoriedad, pero en otro sí es factible pretenderse lo mismo.

tenedor en la titularidad de su derecho. En esta resolución judicial el juez deberá de disponer, atendiendo al estado de peligrosidad en el que se encuentra el menor de edad, si la variación se llevará a cabo de manera progresiva o inmediata.

3.4. Formas en las que se efectúa

Legislativamente se ha señalado dos maneras en la que se puede efectuar la variación de la tenencia⁴³: de modo progresivo –a fin de evitar daños o trastornos en el menor de edad– o de manera inmediata –será el caso excepcional, se dará cuando se acredite que se encuentra en riesgo la integridad del menor de edad– (Canales, 2014b, p.113).

De este modo, se decretará la variación progresiva cuando no esté en peligro la integridad física o psicológica del niño, niña o adolescente, debiendo ser necesaria la colaboración del equipo multidisciplinario para que no causarles daños o trastornos⁴⁴. En contraste a ello, se ejecutará de manera inmediata cuando las circunstancias lo ameriten, por estar en peligro su integridad.

Si bien el artículo 82 recoge una fórmula legislativa que protege y garantiza el interés superior del niño, esto no se da de manera absoluta, pues existirán casos muy especiales en donde no será tan sencillo determinar, sobre la base de la peligrosidad, si la variación de la tenencia debe de efectuarse de modo progresivo o inmediato.

Entre estos casos especiales se encuentra el síndrome de alienación parental, el cual, por su especial naturaleza y sintomatología, requiere tener en cuenta sus niveles de intensidad para establecer cómo se procederá a variar la tenencia.

3.5. Diferencias con la modificación de la tenencia

El artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes recoge la figura de la modificación de la tenencia otorgada a través de una resolución judicial.

⁴³ Según el contenido del artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes.

⁴⁴ La participación del equipo multidisciplinario se justifica porque la convivencia con el progenitor tenedor hace que la relación afectiva y la dependencia del hijo se haga más fuerte.

Para que la demanda respectiva no sea declarada improcedente, es necesario que hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria; salvo que esté en peligro la integridad del menor de edad (Varsi, 2012, p. 309)

Del tenor literal del artículo analizado se observa que no solo se refiere a la sentencia que declara fundada la pretensión de reconocimiento de tenencia, sino que hace referencia a una “resolución originaria”. En tal sentido, pueden darse casos en donde la tenencia pudo haber sido otorgada a través de una conciliación judicial o un acuerdo fuera del proceso que generó una convalidación por parte del juez.

Por otro lado, para que proceda la modificación, es necesario que el accionante acredite la existencia de hechos que ameriten tal decisión, por lo que si no logra generar convicción en el juez, la pretensión será declarada infundada (Canales, 2014a, p. 90).

Finalmente, al no especificarse cuál tipo de integridad es la que se debe de poner en peligro para inobservar el plazo de los seis meses; en aplicación de una interpretación acorde al interés superior del niño y al principio de protección, se entiende que podrán ingresar allí los supuestos que afectan la integridad física o psicológica de los menores de edad.

Ahora bien, la principal diferencia entre la variación y la modificación de la tenencia se presenta en el entendido que la primera es un derecho sustantivo; en cambio, la segunda es un efecto procesal que se constituye como una excepción a la inmutabilidad que genera toda resolución que posee la calidad de cosa juzgada.

Una segunda divergencia se sustenta en la posibilidad de poder incoarla; así, mientras que la variación solo puede pretenderla el progenitor no tenedor, la modificación puede ser demandada indistintamente por ambos progenitores.

3.6. Su relación con la tenencia provisional

La tenencia provisional viene a ser una medida cautelar sobre el fondo –solicitada dentro de un proceso– que puede solicitar aquel progenitor que

no convive con su hijo o que lo hace de manera fáctica sin que exista un mandato que autorice ello; es decir, por quien pretende, por ejemplo, la variación de tenencia.

Se encuentra regulada en el artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes, en donde se establece, en su primer párrafo, que debe resolverse en un plazo de veinticuatro horas cuando la edad del niño o niña es menor a tres años y estuviese en peligro su integridad física.

Al respecto, este extremo ha recibido una serie de críticas, pues se alega que también debió de incluirse al peligro que cause estragos en la estabilidad psicológica; ya que es un deber de la sociedad y el aparato estatal proteger a las personas (Chunga, Chunga Chávez, L. y Chunca Chávez, C., 2016, p. 235).

Asimismo, la edad límite de tres años también ha sido sujeta a diversos cuestionamientos, pues todo niño, niña o adolescente, sin importar su edad, requiere de una adecuada protección integral; en tal sentido, en aras de garantizar su interés superior, los jueces deberán de inaplicar, a través del control difuso constitucional y convencional, este extremo del dispositivo normativo. En consecuencia, cuando tomen conocimiento de estos casos, deberán tramitar y conceder la tenencia provisional en el plazo de las veinticuatro horas.

El segundo párrafo del referido artículo prescribe que en los demás casos (la edad del niño o niña sea mayor a tres años o esté en peligro solo su integridad psicológica) el juez resolverá teniendo en cuenta el informe del equipo multidisciplinario, previo dictamen elaborado por el fiscal.

Sobre este extremo del artículo, la participación del equipo multidisciplinario no debe limitarse únicamente a los casos en donde los niños o niñas sean mayores de tres años o cuando esté en peligro la integridad psicológica, pues en todos los supuestos en donde estén en juego los derechos de los infantes, por aplicación de los principios protector y del interés superior del niño, se requiere la existencia de suficiencia probatoria para tomar una decisión.

Por consiguiente, es obligación del Estado velar por el desarrollo y bienestar integral de los menores de edad, quienes no son culpables de la ineficiencia o falta de recursos públicos para que se contrate a más trabajadores para formar parte de los equipos multidisciplinarios.

3.7. Causales para variar la tenencia

Para variar la tenencia es necesario que existan causas debidamente comprobadas que justifiquen tal medida. Precisamente, esto se condice con el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescente, el cual prescribe que solo se dará ello si es que resulta imperioso.

Si bien el referido Código Sustantivo no establece un catálogo que describa los supuestos de hecho que permitan, ante su acreditación, variar la tenencia, existen algunos enunciados normativos dispersos en él que permiten lograr ello.

Así, el artículo 91 prescribe que se puede variar la tenencia ante los casos de impedimento de contacto; es decir, ante la presencia de un conjunto de comportamientos por los cuales el tenedor no permite que el titular del régimen de visitas pueda ver a su hijo, vulnerando de este modo el derecho de estos a mantener una adecuada comunicación y una relación afectiva a pesar de ya no vivir juntos.

Otro supuesto de hecho se encuentra en el artículo 86. Precisamente, realizando una interpretación sistemática entre este dispositivo y el 82, puede inferirse que la variación se dará cuando esté en peligro la integridad del niño, niña o adolescente a causa del progenitor que ejerce la tenencia.

Un tercer supuesto de hecho es el contenido en el artículo 78, el cual prescribe la posibilidad que tiene el progenitor, cuya causal de suspensión haya cesado, para pretender la restitución de las atribuciones personales y materiales de la patria potestad, entre las que se encuentran la tenencia y, por ende, su variación.

Finalmente, como criterios jurisprudenciales, se ha señalado que la variación de la tenencia es viable cuando los progenitores lo hayan acordado, el tenedor no brinda asistencia al tenido, existe incumplimiento reiterado del régimen de visitas por parte del progenitor que ejerce la tenencia, uno de los padres dificulta la tenencia compartida, se presentan conductas que configuran violencia física o psicológica causadas por el tenedor en agravio del hijo y se comprueba la existencia del síndrome de alienación parental.

3.8. Regulación en el Código de los Niños y Adolescentes

La variación de la tenencia se encuentra prevista en el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescente. Según su tenor literal, la facultad para pretenderla recae en el padre que no convive con su hijo.

Asimismo, del referido texto normativo se concluye que la variación es una medida extraordinaria, por ello se ha prescrito que solo operará si es que resulta necesaria.

Así, la excepcionalidad se observará en la intervención del equipo multidisciplinario, el cual deberá estar presente en su dilucidación y ejecución, prefiriendo que se efectúe de manera progresiva, a fin de no producir un daño o trastorno en el menor de edad.

Sin embargo, cuando existan circunstancias de peligro que lo ameriten, en donde esté en riesgo la integridad física o psicológica del niño, niña o adolescente, el juzgador, a través de decisión motivada, ordenará que la variación se cumpla de manera inmediata.

Empero, la forma en la que se efectuará la variación se basa en la peligrosidad, por lo que no abarca supuestos muy especiales y de difícil tratamiento, como cuando el infante se encuentra alienado por uno de sus progenitores.

3.9. Desarrollo jurisprudencial

En la Casación N° 1394-2011-La Libertad (Variación de tenencia, 2012), se estableció que la variación de la tenencia se puede pretender cuando

se sustenta en un acuerdo conciliatorio. Asimismo, se consideró que dicho criterio adquiriría mayor fuerza porque el tenedor no brindaba los cuidados necesarios para garantizar el desarrollo personal, social y afectivo del menor de edad.

Por su lado, en la Casación N° 3842-2014-Lima (Variación de tenencia, 2015), se determinó que solo procede variar la tenencia compartida si es que se acredita, con pruebas referidas a hechos presentados luego de haberse acordado dicha modalidad, que uno de los progenitores obstruye el contacto personal que tenía su hijo con el otro progenitor.

En lo concerniente a la variación de la tenencia por el incumplimiento reiterado del régimen de visitas, los magistrados supremos, en la Casación N° 2538-2014-Lima (Variación de tenencia, 2014), señalaron que ello únicamente se puede efectuar si es que previamente el titular del derecho de relación ha requerido al juzgador que se empleen los apercibimientos contenidos en el artículo 181 del Código de los Niños y Adolescentes (multas hasta cinco unidades de referencia procesal, allanamiento y detención hasta por veinticuatro horas).

No obstante, considero que dicha decisión no es correcta, pues el impedimento de contacto (obstaculización para ejercer de manera efectiva el régimen de visitas) no solo perjudica al no tenedor, sino también, y con mayor trascendencia, al niño, niña o adolescente involucrado. En este sentido, no debería exigirse que previamente se empleen los apercibimientos legales, ya que mientras estos se aplican, el perjuicio al derecho de relación del infante implicado seguirá produciéndose y aumentando en su magnitud y efectos negativos a largo plazo.

En otro caso, los jueces supremos de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 2100-2014-Lima (Variación de la tenencia, 2015), señalaron que es necesario actuar medios probatorios para sustentar el cambio de la tenencia. En efecto, resulta trascendental que se lleve a cabo la pericia psicológica del tenedor y del menor de edad, así como una entrevista con este a fin de poder escuchar u oír sus

opiniones, pues solo así el juzgador podrá determinar en cuál condición se encuentra su salud física, psicológica y emocional, con relación a su desarrollo personal.

Asimismo, se refirió que el hecho que la parte demandada y la menor de edad no viviesen en Perú no justificaba que los referidos medios probatorios no se actuasen, pues sobre los ritualismos procesales y las dificultades fácticas, que perjudicaban a la celeridad procesal, debía de preferirse al interés superior del niño (Variación de la tenencia, 2015).

Por ello, es necesario que el juez realice una labor conjunta con su congénere en el país extranjero, lo cual significará una efectiva colaboración internacional (Variación de la tenencia, 2015).

Finalmente, en la Casación N° 2067-2010-Lima (s.d, 2011) se determinó que ante la presencia comprobada del síndrome de alienación parental, la tenencia debía variarse de manera inmediata a favor del progenitor rechazado; de lo contrario, el padre alienante seguiría violentando psicológicamente a su hijo, vulnerado su desarrollo y bienestar general.

SUBCAPÍTULO IV EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

4.1. Definiendo al SAP

En 1985, el psiquiatra estadounidense Richard Gardner⁴⁵ creó la teoría del “Síndrome de Alienación⁴⁶ Parental” –cuya sigla en español es SAP⁴⁷– para referirse al trastorno psicológico por el cual un menor de edad, a causa de la programación recibida por el padre titular de su tenencia, insulta y denigra al progenitor que no convive con él, sin que existan razones objetivas que justifiquen su comportamiento.

Para Aguilar Cuenca (2006, p. 27) es un conjunto de síntomas que son el producto del proceso por el cual un padre transforma la razón de su hijo, mediante diferentes maniobras, a fin de devastar el vínculo afectivo que mantiene con el otro progenitor, hasta volverla opuesta con lo que debería esperarse de su posición.

Otros autores consideran que su definición debe ser abordada desde la forma en la que se comporta el alienador. Al respecto, Walter Howard (2014, p. 134) reflexiona que el síndrome de alienación parental está formada por una serie de conductas obstructivas ocasionadas por el papá o mamá que ejerce la tenencia, quien dificulta o no permite que su hijo mantenga una vinculación afectiva con el otro padre (o su familia extensa); vulnerando de esta manera el derecho de ambos a mantener una adecuada comunicación y relación.

En consecuencia, se entiende que el síndrome de alienación parental es un trastorno psicológico originado por dos factores concomitantes: la inculcación maliciosa y la campaña de denigración.

⁴⁵ Existen otros estudios anteriores, como es el caso de la Dra. Judith Wallerstein en su libro “*Surviving the breakup*”; a pesar de ello, se reconoce a Richard Gardner como el primero en sistematizar todas las formas de obstrucción del vínculo parental y en relacionar la conducta peyorativa del menor de edad con la influencia negativa del progenitor conviviente.

⁴⁶ Un sector de la doctrina critica que la palabra “alienación” no representa exactamente toda la sintomatología que se presenta en este tipo de patología, por lo que muchos prefieren llamar a este fenómeno “alejamiento parental”. No obstante, diversos psicólogos, que se han encargado de traducir y explicar la teoría de Gardner, han empleado el término “alienación” en un sentido amplio, por lo que en el presente trabajo así será empleada.

⁴⁷ En inglés las siglas vendrían a ser PAS: “*Parental Alienation Syndrome*”.

4.2. Dinámica

El síndrome de alienación parental genera una relación triangular conflictiva –esta, según Patricia Arés (2016, p.87), viene a ser la base sobre la que se desarrolla su dinámica– entre el padre alienador (conviviente o programador), el menor de edad alienado (programado) y el padre rechazado (no conviviente, alejado o alienado)⁴⁸.

Así, según Lucía Rodríguez (2011, p. 77) afecta, al menos, en tres direcciones: 1) el hijo alienado sufrirá por el alejamiento del padre rechazado, 2) el progenitor alienado padecerá por la conducta de rechazo del menor de edad alienado y 3) el papá o mamá alienador termina por sobrecargarse, ya que normalmente el otro padre se aleja del hijo.

De esta manera, según Onostre Guerra (2009, p. 106) surge una situación conflictiva y abusiva que hace “huérfanos” a los niños, niñas y adolescentes, a pesar que su padre (el alejado o alienado) todavía está vivo.

4.3. Origen

El escenario perfecto para que se origine y desarrolle el síndrome de alienación parental es cuando los problemas intrafamiliares han sido trasladados a los fueros judiciales⁴⁹. En este sentido, Delia Pedrosa y José María Bouza (2008, p. 96) consideran que el referido síndrome es una patología de naturaleza jurídica; es decir, un ejercicio abusivo de la tenencia exclusiva⁵⁰, por lo que se vincula a los procesos en los que la tenencia se presenta como pretensión principal o acumulada. Así, podrá ser identificado en los litigios sobre divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos, suspensión y pérdida de la patria potestad, otorgamiento, reconocimiento y variación de tenencia y régimen de visitas.

⁴⁸ En la mayoría de casos el padre alienador será el titular de la tenencia exclusiva y el alienado del régimen de visitas.

⁴⁹ Otros autores consideran que los síntomas se pueden presentar en escenarios totalmente alejados de los litigios, por lo que en casos excepcionales puede darse durante la convivencia o cuando ha existido una separación amistosa. A pesar de ello, el presente trabajo de investigación se centra en abordar el síndrome de alienación parental desde un enfoque vinculado a los procesos judiciales, en los que la pretensión versa sobre la tenencia de un menor de edad.

⁵⁰ La tenencia exclusiva que ejerce el progenitor alienador puede darse de hecho (no existe ningún acto jurídico que lo establezca) o sustentándose en una resolución judicial (existió previamente un proceso) o en un acuerdo extrajudicial (adoptado en el transcurso de una conciliación, mediación o trato directo).

De este modo, desde un enfoque técnico, solo existirá si el perito estableció una relación causal entre el rechazo del infante a mantener cualquier tipo de contacto con su progenitor no conviviente y la posición del otro padre en dicho rechazo (Muñoz, 2010, pp. 10-11).

En consecuencia, para que pueda ser empleado como sustento de una decisión adoptada en un proceso, será necesaria la inexistencia de conductas que causen un perjuicio en la integridad del menor de edad; por consiguiente, si el padre que no es titular de la tenencia mantiene una relación abusiva o negligente con su hijo, el rechazo de este estará justificado.

Finalmente, es importante resaltar que la conducta del progenitor alienador desconoce la calidad de sujeto de derecho de los infantes, afectando su proyecto de vida y dañando su integridad psicológica y, en algunos casos severos, física. Incumpliendo, de esa forma, con sus obligaciones morales y jurídicas, las cuales están encaminadas a lograr que su hijo se desarrolle integralmente (Rodríguez, 2011, p. 68).

4.4. Diferencia con otros trastornos

4.4.1. SAP y Parentectomía

El síndrome de alienación parental se caracteriza porque el menor de edad alienado nunca pierde de vista que el progenitor rechazado sigue siendo su papá o mamá. Es decir, no se altera el vínculo filial a pesar de la inculcación maliciosa del padre conviviente y de la campaña de denigración del hijo.

En cambio, en la parentectomía se perjudica la posición que ocupa la figura paterna, pues se busca que el hijo reemplace a su papá por otro, reprimiendo el amor que siente hacia él (Bouza y Pedrosa, 2008, pp. 180-181). Así, ello se dará por causas diferentes:

- 1) La formación de una nueva pareja a la que es transferida el “lugar” y función paterna.

2) La necesidad de dañar y destruir al ex cónyuge a través del sufrimiento ocasionado por su alejamiento del hijo.

3) La imposibilidad de establecer relaciones de cooperación entre los ex-cónyuges por la dinámica de eliminación del lugar del padre (...)

4) Expresa un modelo materno excluyente y en el cual el intento del incluir al padre es vivido como un ataque para la relación con los hijos. Es decir, un vínculo patológico de la madre con los hijos. (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 180)

4.4.2. SAP y Síndrome de Alienación Familiar

El síndrome de alienación parental se caracteriza porque solo uno de los padres inculca maliciosamente a su hijo, a fin de que este se aleje, denigre y rechace al otro.

En cambio, cuando ambos progenitores y su familia extensa adoptan este proceder, surge el denominado "Síndrome de Alienación Familiar".

Cuando se presenta el síndrome de alienación familiar, ninguna de las familias podrá hacerse cargo del menor de edad, pues ambas serán las causantes de dañarlo psicológicamente.

En consecuencia, será el Estado el encargado de brindarle guarda al infante, derivándolo a una persona o familia acogedora hasta que sus progenitores y demás familiares puedan nuevamente hacerse cargo de su cuidado; es decir, que dejen de alienarlo.

4.4.3. SAP y el Síndrome de Medea

El síndrome de alienación parental se genera principalmente en los litigios sobre la tenencia, a tal punto que es considerado como una patología jurídica y un ejercicio abusivo de la tenencia. Así, se sustenta en los conflictos familiares judicializados basados en las desavenencias entre las expareja.

En contraste a ello, el síndrome de medea es un trastorno característico de estructuras psicóticas estudiadas por la Psicología Forense; es decir,

se presenta cuando una madre, por una constitución patológica previa, puede ingresar en un estado psicótico en el preciso instante en el que esté alumbrado o unas horas después (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 202).

De esta manera, la madre siente que su hijo es una extensión de ella que no puede ser separado bajo ninguna circunstancia.

4.5. Condición necesaria para su existencia: la obstrucción del vínculo parental

La obstrucción⁵¹ del vínculo parental es la condición necesaria para que se originen los síntomas observables del síndrome de alienación parental, ya que el padre alienador se valdrá de la ausencia y aparente abandono del progenitor que no es titular de la tenencia para inculcar maliciosamente a su hijo, logrando así que este inicie una campaña de denigración en contra de aquel.

Desde un enfoque ligado a la Psicología, estaríamos frente a lo que se denomina “divorcio parental”, lo cual es la consecuencia de la culpa de la expareja de no saber diferenciar sus problemas de la relación parental; presentándose un daño colateral que se ve reflejado en el alejamiento de uno de ellos (Rodríguez, 2011, p. 73).

La eficacia de la obstrucción dependerá de dos factores: la relación que mantenía el hijo con el progenitor alejado antes que deje de convivir con él –si era muy cercano al no tenedor; entonces, será más complicado que el obstructor pueda lograr su objetivo– y la vulnerabilidad que el infante demuestra acorde a su etapa psicoevolutiva –mientras menos edad tengan, se vuelve sencillo obstruir su vínculo con el padre que no es titular de la tenencia– (Muñoz, 2010, p. 7).

Cuando se presenta, es imposible instaurar convenios, ya que el padre obstructor se encuentra en una posición privilegiada, a diferencia del

⁵¹ En la antigüedad la obstrucción se sustentaba en el poderío económico. Con el pasar de los años esto fue cambiando; así, ya en el siglo XXI, se ha ubicado en la relación parental.

alejado, por la cual puede abusar de la tenencia que detenta y hacer caso omiso a los acuerdos adoptados.

Es importante señalar que hay marcadas diferencias entre el impedimento causado por el papá y la mamá. Cuando ellas son las obstructoras, en un gran número de casos, existe un escenario litigioso, debido a que la intervención judicial es constante y el uso de los infantes, como supuestas víctimas para formular una denuncia, es mayor. En cambio, cuando ellos son los obstructores, mayormente es todo lo contrario, ya que el litigio y el uso de denuncias son inusuales.

No obstante, esto no debe de influir en el juez, ya que deberá de descartar todo razonamiento basado en estereotipos que puedan alejarlo de una decisión justa e imparcial, desviada del interés superior del niño.

En referencia a los comportamientos clásicos de un padre obstructor, José Luis Oropeza (2007, pp. 2-3) señala que son los siguientes: no permiten que el hijo reciba llamadas del papá o mamá no conviviente, saturan al menor de edad con diversas actividades en el tiempo que le corresponde al titular del régimen de visitas, reemplazan la figura materna o paterna del obstruido, interceptan los correos enviados por el progenitor alejado, insultan al no tenedor en presencia o en ausencia del infante, no comunican al obstruido sobre las diligencias programadas y los eventos importantes en los que participará el niño, niña o adolescente, toman decisiones que repercuten en la vida de su hijo sin consultarle al no tenedor, tratan de desaparecer el vínculo filiatorio que vincula al infante y al obstruido, critican todo lo positivo que pueda hacer el progenitor no conviviente, amenazan con castigos a los menores de edad si han tenido o intentan tener cualquier tipo de contacto con el otro padre, premian la conducta de los infantes dirigidos a denigrar al otro padre, interponen falsas denuncias por abuso físico o sexual e insertan falsos recuerdos en su niño, niña o adolescente.

4.6. Elementos fundamentales para su configuración

Luego de la prolongada obstrucción causada por el padre conviviente, es necesario que se presenten dos elementos fundamentales para que se configure el síndrome de alienación parental, estos son: la inculcación maliciosa y la campaña de denigración.

4.6.1. Inculcación maliciosa

La inculcación maliciosa⁵² es la serie de actividades que realiza el padre inculcador (ejerce la tenencia) dirigidas a que su hijo (inculcado) empiece a tener una conducta hostil frente a la presencia y todo lo relacionado con el progenitor que no convive con él. Así, busca obstruir la relación afectiva que ellos mantenían cuando todavía vivían juntos.

De esa forma, la inculcación maliciosa es una consecuencia directa del conflicto de una expareja que no ha sabido separar sus desavenencias de la relación parental que mantiene cada uno con su hijo (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 70).

Para que exista la inculcación maliciosa será necesario que el alejamiento del papá o mamá no conviviente haya sido involuntario; es decir, que su causa sean los comportamientos obstruccionistas del otro padre.

Así, quien ejerce la tenencia⁵³, desde una concepción psicológica, abusará del “poder” que detenta, involucrando, de esta forma, no solo al otro padre, sino también a la familia extensa, amigos y profesionales que evaluarán o comentarán su situación conflictiva⁵⁴; vulnerando al papá o a la mamá obstruida, a su hijo y a sí mismo (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 79).

⁵² Richard Gardner utilizó el término “lavado de cerebro” para referirse a la misma conducta desplegada por el progenitor alienador. Otros autores prefieren llamar a este mismo fenómeno “programación”, “adoctrinamiento”, “modelar el pensamiento”, “imitación”, “reeducación” o “persuasión coercitiva”.

⁵³ Excepcionalmente, existen casos en los que el progenitor no tenedor es el programador. Esto se basa en razones de poderío económico. Los hijos son atraídos por los lujos y comodidades que le brinda este padre, sumado a ello, se requiere que este tengan largos periodos de convivencia con su niño, niña o adolescente.

⁵⁴ La familia extensa, amigos, conocidos, nueva pareja y los diversos profesionales que intervienen en el conflicto normalmente terminan apoyando al inculcador, lo que genera en el menor de edad una ilusión de validación de los dichos en contra del progenitor no conviviente; lo cual refuerza el rechazo hacia este. En la doctrina este fenómeno recibe el nombre de “la imposición de una verdad oficial”, que viene a ser cuando lo referido por el obstructor alcanza un nivel de credibilidad a partir del respaldo recibido por los demás familiares y especialistas que participan en la dilucidación del conflicto y terceros.

En referencia a la relación entre la inculcación maliciosa y la obstrucción del vínculo, Delia Pedrosa y José Bouza (2008, p. 91) consideran que sus fuentes son el mal ejercicio de las tenencias exclusivas y su incorrecto otorgamiento. Por lo que es necesario descubrir tempranamente la existencia de ambas, lo cual genera que la labor de los jueces, psicólogos y trabajadores sociales se vuelva determinante.

A fin de identificar al padre inculcador, se pueden observar ciertas conductas que lo caracterizan, estas son las siguientes: traslada e induce a los hijos su enojo hacia el otro progenitor; no se interesa por las necesidades del infante, sino por los problemas no resueltos con su expareja; hace intervenir a los niños, niñas o adolescentes en opiniones y debates con relación al otro padre, ubicando siempre a este como victimario; considera a su prole directa de primer grado de consanguinidad como propiedad⁵⁵ y desarrolla su vida basándose en el conflicto y al logro de conseguir que su hijo rechace a su expareja.

Asimismo, entre los hechos usualmente ocasionados por el comportamiento del inculcador, tenemos los siguientes:

- Convivencias inmediatas: producida la separación, el inculcador convive con otra persona, la cual suele ser una expareja. Con ello busca sustituir la figura paterna o materna de su expareja, reduciéndolo a un mero “donante” de gameto; es decir, se le relega a tener con el hijo inculcado solo una conexión biológica.
- No separación de hermanos: a fin de fijar pautas de no separación de hermanos, el inculcador decide tener un hijo con su nueva pareja, abusando del vínculo afectivo que se forja entre este y el inculcado. Dicha relación crea un espejismo de familia real, feliz y sin ningún problema. A esto se suma el hecho que los jueces usualmente, en los

⁵⁵ Es una forma en la que se manifiesta el ejercicio abusivo de la tenencia, llegando incluso a realizar actos hostiles contra el progenitor no conviviente y las personas que critican su accionar. Aquí el hijo pasa a ser un objeto de cuidado permanente, por lo que el inculcador busca que se convierta en un ser que dependa totalmente de él.

procesos en los que se discute la tenencia de un menor de edad, deciden no separar a los hermanos.

- Cambio de nombre: el inculcador suele cambiar de hecho los nombres de los inculcados; es decir, sin que exista una sentencia que lo disponga, a fin de cortar las raíces de identificación que el menor de edad mantiene con el progenitor que no convive con él.
- Actitudes despreciativas de incitación a situaciones límites: el inculcador se hace pasar como víctima, muestra sufrimiento a los hijos y manifiesta que el causante de todo su malestar es el otro padre.
- La destrucción económica y laboral: el inculcador alude a que el progenitor no tenedor es irresponsable y no cumple con sus obligaciones alimenticias; por lo que es usual que a los hijos se les someta a privaciones innecesarias.

Finalmente, según la edad del hijo, se pueden identificar diferentes etapas en la inculcación, así:

- Hasta los 4 años: mientras no esté presente el progenitor inculcador, los menores de edad podrán relacionarse con su progenitor no conviviente, dando muestras de afecto natural; no obstante, al primer impedimento del contacto, su conducta se caracterizará por el máximo rechazo.
- De 4 a 6 años de edad: el menor de edad siente temor a estar lejos del progenitor inculcador y a estar a solas con el progenitor no conviviente.
- De 6 a 12 años de edad: el menor de edad se vuelve cómplice del inculcador, rechazando al progenitor no conviviente y a su familia extensa; asimismo, creen firmemente en las palabras del obstructor.
- De 12 a 16 años de edad: ya en la adolescencia, el menor de edad, a raíz de una labor constante del inculcador, ha reemplazado la figura materna o paterna del progenitor no tenedor por las relaciones que

mantiene con otros individuos. Así, se encuentra firmemente decidido a rechazar la relación con el padre o madre impedido de contacto.

- De 16 a 20 años: los hijos inician una búsqueda de la verdad, si llegan a encontrarla, rechazan al inculcador y buscan restablecer el vínculo afectivo que mantenían con el progenitor no conviviente, aunque en la mayoría de casos, sin obtener resultados positivos⁵⁶. Sin embargo, a pesar de poner fin a la inculcación, el daño psicológico que han sufrido los inculcados terminó por afectar el normal desarrollo de su personalidad, lo cual trae secuelas que estarán presentes a lo largo de su vida, especialmente en la relación que mantendrán con sus descendientes directos de primer grado.

4.6.2. Campaña de denigración

Una vez que la obstrucción del vínculo y la inculcación maliciosa han producido el distanciamiento entre el progenitor alienado y su niño, niña o adolescente, este empieza a tener un rol activo, dinámico y sistemático en la campaña de insultos dirigidos a dañar la moral de aquel.

En este proceso, el infante trata al progenitor que no convive con él como si fuese un desconocido que odia sin ningún motivo valedero, apareciendo independiente del padre que inició la campaña, lo cual significa que el proceso de inculcación ha finalizado, debido a que el niño, niña o adolescente ya no requiere de ningún tipo de guía para desplegar sus propias actividades de injuria (Aguilar, 2006, pp. 33-34).

Así, el progenitor no conviviente pasa a convertirse en la víctima y el hijo alienado en el victimario, ya que este será el que lo denigre, a través de conductas y comportamientos vejatorios dirigidos a causarle un daño psicológico, llegando incluso a involucrar a su familia extensa, amigos y terceros para lograrlo.

⁵⁶ En este punto es determinante que el no tenedor haya logrado generar "las huellas de memoria". Estas sirven para que el hijo pueda conocer las verdaderas razones por las que su progenitor no conviviente se "alejó" y supuestamente abandonó. Así, ya sean familiares o legales, los esfuerzos de este padre para mantener la comunicación con el inculcado se convertirán en las vías por las que se facilitará la revinculación afectiva.

4.7. Síntomas o comportamientos observables

El síndrome de alienación parental tiene ocho síntomas o comportamientos observables, los cuales serán determinantes para diagnosticar su nivel de intensidad y fijar las medidas judiciales necesarias para poner fin el daño psicológico que sufre el menor de edad alienado.

4.7.1. Campaña de denigración

Es el primer síntoma en surgir, se caracteriza por el empleo de palabras repetitivas, aprendidas del progenitor alienador. Por ello, es usual que los hijos alienados utilicen términos desconocidos o cuyo uso no correspondan para alguien de su edad.

Surge cuando el alejamiento entre el infante y su progenitor no conviviente se ha dado durante mucho tiempo, generando que el menor de edad sienta rencor hacia dicho padre, por ser, supuestamente, el que lo ha abandonado.

Así, el rencor será el sentimiento que motivará el afianzamiento y dependencia del niño, niña o adolescente con el padre alienador.

Esta campaña trae consigo la presencia de una serie de dinámicas, las cuales han sido denominadas como “la inculcación maliciosa” (Bouza, 1985), la “programación parental” (Gardner, Jhonston), el Síndrome de Estocolmo por identificación con el victimario⁵⁷ y persuasión coercitiva⁵⁸ (Bouza y Pedrosa, 2008, p.101).

4.7.2. Falta de ambivalencia

El menor de edad exterioriza dos comportamientos diferenciados; así, mientras que el progenitor alienador es visto como el “bueno y perfecto”, el alienado es percibido como totalmente “malo” (Bouza y Pedrosa, 2008,

⁵⁷ A esta postura se suscriben Bouza y Pedrosa, quienes manifiestan que el proceso de adoctrinamiento se asemeja al fenómeno que se presenta en los secuestros en donde la víctima sufre violencia física y psicológica, lo que, sumado a la falta de contacto con el mundo exterior produce, luego de cierto tiempo, un vínculo afectivo con el secuestrador a fin de evitar que los lastime o que puedan coadyuvar a su subsistencia. Así, todo “niño rehén” afronta cuatro fases (momentos): a) el desencadenante (distanciamiento forzado del progenitor no conviviente); b) el de reorientación (asimilación e identificación con los dichos del padre tenedor); c) el de afrontamiento (el infante soporta el trauma del alejamiento asumiendo, como propios, los motivos, creencias y el modelo mental del progenitor que detenta la titularidad de la tenencia) y d) el de adaptación (el infante exterioriza lo que asimiló del papá o mamá que convive con el menor de edad y lo dirige hacia el obstruido).

⁵⁸ Conocido como “lavado de cerebro”. Consiste en la actividad voluntaria que realiza el progenitor conviviente dirigida a que su hijo sustituya sus sentimientos, creencias y comportamientos que reflejan amor hacia el otro padre. Entre las formas empleadas de persuasión se encuentran: generar temor, falsas promesas, agresividad en la comunicación, argumentación unilateral, repetición constante del mensaje y uso de tácticas no verbales.

p.118); de tal manera que no se forma la normal ambivalencia que tiene una persona sobre otra basándose a sus actitudes, conductas, opiniones y demás formas en las que se presenta en sus relaciones interpersonales (Husni y Rivas, 2007, p. 61).

Así, esta diferenciación no se sustenta en razones objetivas, sino meramente en criterios subjetivos, por lo que no pueden dar una respuesta valedera al ser consultados sobre los motivos que han motivado su postura (odiar a su progenitor alienado).

Se han podido encontrar casos en los que la sola posibilidad de considerar que el progenitor alienado es también bueno, ha sometido a los hijos a un proceso de angustia y culpa, ya que consideran que pensar de esa forma es atentar contra lo que desea, piensa y siente el padre alienador.

4.7.3. Racionalizaciones frívolas, débiles o absurdas para el desprecio hacia el padre alienado

Son las razones absurdas por las que el hijo justifica su rechazo, con la condición de que el progenitor alienador las apoye como válidas (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 120).

El menor de edad alienado no puede explicar detalladamente lo sucedido, pero dice recordar hechos que sucedieron cuando ni siquiera, por ejemplo, había cumplido un año de vida.

Cuando es interrogado sobre el progenitor alienador, sus respuestas solo se refieren a los aspectos positivos; en cambio, cuando es preguntado por el padre rechazado, se centra en decir todos los defectos, alegando que no encuentra nada positivo en él. Sin embargo, si el profesional pretende hacerle entender que sus explicaciones carecen de sentido, emprenden un diálogo circular, que no tiene fin (Aguilar, 2006, p. 36).

Finalmente, en este síntoma el niño, niña o adolescente alienado refiere que la actitud de su progenitor conviviente es neutral, en el sentido que no impide el contacto, sino que él decidió no ver al padre rechazado; no

obstante, no da razones consistentes, suficientes ni justificadas de su decisión.

4.7.4. Apoyo reflexivo al padre alienador

Si bien es normal que todo hijo defienda a sus padres frente a cualquier ataque, en la dinámica del síndrome de alienación parental la protección solo está destinada al progenitor alienador.

Precisamente, el niño, niña o adolescente alienado considera que la contienda con el padre rechazado y las razones por las que debe de odiarlo son reales y lógicas, por lo que lo apoya de manera consciente a su progenitor alienador (Aguilar, 2006, p. 42). Así, cualquier “ataque” hacia este es vivido como un daño hacia sí mismo, de modo que siente que debe de asumir la responsabilidad de su defensa ante el resto (Aguilar, 2006, p. 42).

4.7.5. El fenómeno del pensador independiente

Este síntoma se caracteriza por ser la condición necesaria para confirmar la culminación del proceso de alienación y, por consiguiente, valorar su intensidad (Aguilar, 2006, p. p. 40).

Así, el menor de edad alienado refiere que odia a su padre por sus propios motivos, sin haber recibido ningún tipo de influencia por parte de su progenitor alienador.

La autonomía en el pensamiento llega a tal punto que el padre que aliena puede adquirir un nuevo papel, ya sea como conciliador o inocente, solo para alejar las sindicaciones que se han formulado en su contra. Es decir, como refiere José Manuel Aguilar Cuenca (2006), este comportamiento observable “funciona de modo bidireccional, en tanto libera al hijo de su alienador y al alienador de la supervisión como único papel, enriqueciendo su aportación al proceso” (p. 41).

4.7.6. Ausencia de culpa

El hijo alienado no siente culpa de injuriar al progenitor rechazado. Pueden decir que este los ha maltratado física o psicológicamente, pero contradictoriamente lo agreden sin sentir o mostrar miedo (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 130).

La ausencia de culpabilidad debe ser vista desde dos áreas disímiles: ante lo que pueda sentir el padre no tenedor y en la campaña de denigración que sufre el progenitor alienado (Aguilar, 2006, p. 43).

Las conductas de desprecio son normalmente públicas, el hijo alienado desconoce el impacto que causará su actuar, debido a que todavía no logra medir las consecuencias de sus actos.

4.7.7. La presencia de escenarios imprecisos y borrosos

Al ser las alegaciones basadas en mentiras, el hijo alienado claramente no podrá explicar detalladamente las circunstancias fácticas que han desencadenado su conducta hostil; de tal forma que no determinará el espacio y tiempo en el que supuestamente se han dado los hechos que configuran violencia.

Así, se dará la presencia de diálogos, escenarios y vivencias que el menor de edad alienado siente como propios y reales, a pesar que nunca estuvo presente cuando ocurrieron los hechos que sustentan sus alegaciones (Aguilar, 2006, p. 44-45).

4.7.8. Despliegue de animosidad en contra de los amigos o familia extensa del padre alejado

No solo el progenitor no conviviente es el que sufre la inculcación y la obstrucción del vínculo parental, sino también su familia extensa (abuelos, hermanos, primos, tíos, etc) y demás personas que se relacionen con él (nueva pareja, suegros, etc.) verán mermada la relación que tienen con el menor de edad alienado.

Así, “la animosidad se extiende a todo aquello que (...) pudiera tener una cierta relación con el progenitor odiado, que pasa a ser objeto contaminado del que únicamente se puede esperar algo negativo y al que hay que combatir” (Aguilar, 2006, p. 47).

4.8. Niveles de intensidad

Los niveles de intensidad del síndrome de alienación parental buscan la aplicación adecuada de las decisiones judiciales, ya sea en lo que respecta a la titularidad de la tenencia como a los mecanismos psico-

jurídicos idóneos para reestablecer el vínculo afectivo entre el progenitor rechazado y el niño, niña o adolescente alienado (Onostre, 2009, p.108).

Así, el juez deberá de basarse en ellas para determinar la manera en la que se efectuará la variación de la tenencia, a fin de garantizar el interés superior de los menores de edad alienados.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el diagnóstico es realizado sobre la base de las conductas, previamente examinadas, del niño, niña o adolescente, por lo que la determinación del nivel de intensidad no se basará en la conducta ni animosidad desplegada por el progenitor alienador⁵⁹.

En este sentido, los niveles de intensidad son: leve, moderado y severo.

4.8.1. Nivel leve

En el tipo leve, los conflictos producidos en las visitas del progenitor alejado son ínfimas (Aguilar, 2006, p. 61).

La campaña de denigración a cargo del hijo alienado ha iniciado, pero las injurias son escasas y no son de mucha magnitud (Aguilar, 2006, p. 62).

La culpa en el menor de edad, de adoptar dicho comportamiento, todavía está presente, debido a que sigue existiendo el lazo afectivo que lo une al progenitor alienado (Aguilar, 2006, p. 62).

El hijo alienado usualmente muestra un pensamiento independiente, aunque apoye especialmente al progenitor alienador. Rara vez existe la presencia de escenarios imprecisos o borrosos. Además, no hay un despliegue de animosidad en contra de los amigos o familia extensa del padre no tenedor (Aguilar, 2006, p. 62).

Asimismo, el vínculo entre progenitor alienado y el hijo todavía no ha sufrido una obstrucción prolongada o intensa (Aguilar, 2006, p. 62).

⁵⁹ Algunos autores consideran que los progenitores alienadores también pueden ser agrupados, según su conducta inculcadora, en los niveles leve, moderado y severo. Esta división servirá para elegir la terapia psicológica que tendrá resultados positivos.

En estos casos, una intervención judicial oportuna sobre la tenencia resuelve la presencia de estos síntomas (Aguilar, 2006, p. 62)

4.8.2. Nivel moderado

En el tipo moderado, los conflictos en las visitas del padre alienado, especialmente en el momento de la entrega de los hijos, empiezan a ser frecuentes (Aguilar, 2006, p. 63).

La campaña de denigración se realza, ampliándose los ámbitos del descrédito y haciéndose cada vez más frecuentes. Además, son usuales las justificaciones de los hijos por haber adoptado dicha conducta (Aguilar, 2006, p. 63).

Las relaciones afectivas entre el progenitor alejado y su hijo van debilitándose cada vez más rápido, siendo común que este apoye inconscientemente al otro padre, realzando solamente sus cualidades positivas y refiriendo que no existen negativas; llegando incluso a volverse dependientes, no resistiendo mucho tiempo la compañía del papá o mamá alienado (Aguilar, 2006, p. 63).

Los sentimientos de culpa que sentían los menores de edad alienados han desaparecidos o casi no existen. El hijo mayormente manifiesta un pensamiento independiente, por lo que surgen los escenarios imprecisos, borrosos y prestados (Aguilar, 2006, p. 63).

Hay un despliegue de animosidad en contra de los amigos o familia extensa del padre alienado (Aguilar, 2006, p. 64).

Igualmente, comienzan las interferencias de las visitas, especialmente por la interposición de denuncias sobre abuso sexual (Aguilar, 2006, p. 64).

4.8.3. Nivel severo

En el tipo severo, la campaña de denigración es extrema, incesante y se ha expandido hasta involucrar a los amigos, familia extensa y demás personas relacionadas con el progenitor alienado (Aguilar, 2006, p. 65).

Prácticamente las visitas acordadas o establecidas son imposibles de realizar; a tal punto que en el caso remoto que puedan practicarse, son culminadas abruptamente, ya que el hijo suele reaccionar negativamente, ya sea llorando o sintiendo angustia, inquietud, y en casos extremos, rabia e ira (Aguilar, 2006, p. 65).

Los ocho síntomas observables se muestran plenamente, por lo que el daño psicológico causado ha llegado a tal punto que el hijo alienado odia intensamente al progenitor que no convive con él, no sintiendo culpa de denigrarlo constantemente (Vallejo, Sánchez-Barranco y Sánchez-Barranco, 2004, p. 102).

En estos casos, si es que no se varía la tenencia a favor del progenitor rechazado, la alienación llegará a tal punto que el menor de edad alienado “desarrollará una psicopatología de larga duración, e incluso una paranoia” (Onostre, 2009, p. 110).

4.9. ¿Qué no es SAP?

No todo rechazo del hijo hacia uno de sus padres debe ser considerado como un caso de síndrome de alienación parental. Así, cuando se presenten críticas normales, sobre la base de un raciocinio apoyado en criterios objetivos, no podrá argumentarse que existe inculcación maliciosa por parte del progenitor tenedor.

Asimismo, tampoco será considerado como síndrome de alienación parental los intentos fallidos del tenedor para inculcar a su hijo, ya que una de las condiciones necesarias para que exista este trastorno psicológico es que el niño, niña o adolescente inicie una campaña de denigración en perjuicio del padre que no vive con él; es decir, no basta la inculcación maliciosa, sino también que el infante aporte su accionar con miras a dañar al otro padre. Sin embargo, esta conducta deberá ser apreciada por el juez, cuando se demande la variación de la tenencia, el aumento o reducción del régimen de visitas o la pérdida o suspensión de la patria potestad.

Otro supuesto de inexistencia se presenta cuando el rechazo es temporal. Aquí ingresan diversas situaciones conflictivas que no son de envergadura, por ejemplo cuando el hijo no recibe el regalo que le había pedido al padre que no convive con él y que este prometió comprarlo, cuando el progenitor que no ejerce la tenencia no se acuerda de algún evento importante que el hijo le ha dicho en reiteradas ocasiones, etc. Finalmente, no se presentará el síndrome de alienación parental cuando exista abuso, de cualquier tipo, por parte del progenitor no tenedor en perjuicio del hijo. En este sentido, si aquel insultó, golpeó o trato mal al menor de edad o a alguien que él considera importante en su vida, el rechazo de este se encontrará plenamente justificado.

4.10. Críticas a las posturas que consideran a la teoría del síndrome de alienación parental como una pseudociencia

4.10.1. No es relevante su reconocimiento en el CIE ni en el DSM

El síndrome de alienación parental no está recogido en la Clasificación Internacional y Estadística de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE) ni en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM); por ello, los críticos de la teoría de Richard Gardner consideran que no estamos ante un verdadero síndrome.

No obstante, estos olvidan que las dos clasificaciones citadas no recogen un catálogo cerrado e inmutable, sino que se caracterizan por ser todo lo contrario

Así, como señala María del Carmen García (2009, pp. 226-227), la propia Asociación de Psicólogos Americanos ha reiterado en diversas oportunidades que la no inclusión de un trastorno al DSM no implica que no merezca ser estudiado. A ello se suma la opinión de diferentes especialistas de considerar que el síndrome de alienación parental, una vez sea incorporado al DSM, formará parte de la categoría abierta denominada “otros focos de interés que pueden ser objeto de atención clínica”, y en específico, al apartado “problemas de relación” de la sección “otros estados o problemas que puedan ser objeto de atención

clínica y que se relacionan con trastornos mentales descritos previamente en este manual”.

En dicho apartado ingresan todos aquellos casos clínicamente significativos que se caracterizan por el evidente deterioro de comunicación entre dos sujetos relacionados (progenitor e hijo), debido a la patología que padece uno de ellos.

Por ello, esta ausencia en las referidas clasificaciones no es razón suficiente para invalidar y restar cientificidad a la teoría de Richard Gardner, más si sus síntomas son comunes y reflejan una forma de maltrato infantil y, por ende, de violencia familiar de tipo psicológica.

En este sentido, atendiendo a los criterios doctrinarios de admisibilidad de la prueba científica, como el test *Frye*, el juez, a fin de garantizar el interés superior del niño, tendrá que tener en cuenta que la campaña de denigración y la inculcación maliciosa no son elementos irreales ni fantástico, sino que su presencia es muy usual, en diferente intensidad, en los conflictos sobre la tenencia de un menor de edad.

4.10.2. No es un instrumento para discriminar a las mujeres

Se criticó que la teoría de Richard Gardner sería empleada como una forma de discriminación de género, debido a que se creó en el entendimiento de que solo la mujer podría ser la alienadora.

Esta hipótesis entendía que la construcción del síndrome de alienación parental se encontraba influenciada por una perspectiva patriarcal (Tapias, Sánchez y Torres, 2013, p. 119).

No obstante, esta polémica es innecesaria, debido a que termina perjudicando a los menores de edad, quienes se verán desprotegidos ante las conductas inculcadoras de ambos padres (García, 2009, p. 218).

Es cierto que Richard Gardner en un inicio señaló a la mamá como la única que podía tomar el rol alienador. Empero, con el pasar de los años pudo observar y analizar casos en los que también los papás eran alienadores; por este motivo, reformuló su teoría y explicó que cualquiera de los progenitores podía ser el alienador.

A pesar de ello, es necesario señalar que la razón por la que en un inicio solo se identificó a la madre como la alienadora no se debe a una concepción que privilegiaba a los hombres y discriminaba a las mujeres, sino a una cuestión cultural y social que influye en los litigios, ya que en ellos la tenencia de los hijos mayormente es concedida a la mamás.

Así, esta crítica, de encasillar la contienda desde un enfoque de género, impide evidenciar, analizar y observar el verdadero conflicto (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 11) y el real objetivo de la incorporación del referido síndrome como una causal para variar la tenencia: salvaguardar el interés superior del niño.

4.11. Su relación en las diferentes clases de tenencia

4.11.1. En la tenencia compartida

Para que el juez pueda disponer la tenencia compartida, será necesario que exista entre los progenitores una relación armoniosa y comunicación constante, pues únicamente así podría tener buenos resultados este tipo de convivencia alternativa para el hijo.

Así, parecería imposible que surja el denominado síndrome de alienación parental; empero, si bien los casos son escasos, no es inverosímil que se den, pues las relaciones humanas pueden ir deteriorándose con el transcurrir del tiempo y, por ende, es más sencillo que se termine inculcado maliciosamente al hijo para que inicie una campaña de denigración en contra del otro padre.

En estos casos, el juez deberá de variar la tenencia compartida, disponiendo que el progenitor no alienante se encargue de la tenencia exclusiva del hijo (Avalos, 2017b, p. 162). Esta misma orientación comparte la Corte Suprema de Justicia, la cual, a través de la Casación N° 3767-2015-Cusco, estableció que no debe de dictaminarse la tenencia compartida cuando los progenitores no tienen una buena relación entre ellos; en caso contrario, terminaría por afectarse física y psicológicamente a los hijos (Tenencia y custodia de menor, 2016).

4.11.2. En la tenencia exclusiva

En la tenencia exclusiva es en donde se dan los mayores casos del síndrome de alienación parental, por eso en la doctrina a esta patología psicológica se le ha catalogado como un ejercicio abusivo de ella.

Por ello, Richard Gardner construyó su teoría bajo este tipo de tenencia, pues uno de los presupuestos necesario para que surjan los síntomas observables de la referida patología es que el hijo conviva más tiempo con uno de los padres y pierda contacto con el otro, a fin de que la inculcación maliciosa se haga intensa y logre iniciar la campaña de denigración.

Su tratamiento en la doctrina y en la jurisprudencia será desarrollado más adelante, en el subcapítulo 5 del marco teórico, cuando se trate la variación de la tenencia ante la existencia del síndrome de alienación parental.

4.11.3. En la tenencia conjunta

La tenencia conjunta se dará cuando los progenitores todavía conviven, por lo que es poco probable que se presenten los síntomas observables del síndrome de alienación parental, pues el hijo tendrá contacto constante con ambos padres.

No obstante, esto no significa que no puedan presentarse otras formas de maltrato intrafamiliar como la violencia física, psicológica, económica, sexual, etc.

4.12. El derecho de los menores de edad alienados a ser escuchados u oídos y a opinar

En principio, antes de exponer el impacto del síndrome de alienación parental en el derecho de los niños, niñas y adolescente a opinar y a ser escuchados u oídos, es necesario explicar sucintamente estos derechos.

Así, el derecho de opinión, recogido en el numeral 1 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es uno de carácter personalísimo e inalienable que funciona como una garantía sustancial y que materializa el desarrollo constante que tienen los menores de edad,

por lo que es una obligación estatal velar por su adecuado ejercicio y reconocimiento⁶⁰.

De este modo, mientras que el niño o niña debe ser escuchado, el adolescente debe ser oído, pues se parte de la siguiente premisa: más edad es equivalente a mayor madurez (Chunga, Chunga Chávez, L. y Chunga Chávez, C., 2016, p. 178; Villar, 2003, p. 148).

Ahora bien, en el caso que se presenten los síntomas observables del síndrome de alienación parental, claramente la opinión del niño, niña y adolescente se trastocará, pues no expresará de manera libre su verdadero sentir. En consecuencia, estos derechos terminarán relativizándose, ya que el juez no se encontrará obligado a tener en cuenta lo que digan, salvo para una valoración negativa con relación al comportamiento obstruccionista del progenitor que ejerce la tenencia.

En esta misma orientación se encuentra la Corte Suprema de Justicia, la cual ha establecido, en el vigésimo tercer considerando de la Casación N° 2067-2010-Lima, que el síndrome de alienación parental es una patología psicológica que relativiza el derecho de los menores de edad alienados a opinar (s.d., 2011).

4.13. Las medidas psicojurídicas para frenar sus síntomas

Las medidas psicojurídicas son aquellas decisiones que se adoptan con el propósito de garantizar el bienestar de las personas que han sufrido una trasgresión a sus derechos fundamentales.

Su fin es generar un mayor acceso para este grupo de sujetos de derecho, a fin de que no pasen a ser meros objetos de tratamiento, sino que se les permita tener un rol activo en las decisiones que se adopten sobre ellos.

Su empleo se centra a los procesos judiciales, pues es allí en donde se genera la mayor vulneración a las necesidades de las víctimas.

⁶⁰ Por ello, según el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes el juez debe recabar la opinión del menor de edad antes de tomar una decisión que involucre sus derechos.

Así, el juez tendrá que velar porque la víctima pueda sentirse segura con la decisión que se adopte, por lo que requerirá del apoyo constante de los psicólogos, quienes velarán por la estabilidad emocional, psicológica y afectiva de este sujeto de derecho.

En el caso específico del síndrome de alienación parental, las medidas psicojurídicas se traducen en el empleo de la mejor intervención psicológica para mitigar o aquietar los efectos negativos que produce esta patología en los menores de edad alienados. A continuación se desarrollan algunas propuestas desarrolladas por la doctrina.

4.13.1. Terapia de revinculación asistida

El Poder Judicial es el único ente capaz de salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescente; de esta forma, frente al síndrome de alienación parental, en diversos ordenamientos jurídicos –como España, Estados Unidos y Brasil– se ha creado una nueva terapia psicológica ordenada por el juez para reestablecer el vínculo afectivo que mantenía el progenitor rechazado con su hijo antes del proceso de alienación.

Esta viene a ser la denominada terapia de revinculación asistida, la cual tiene como fin la participación conjunta del hijo y el padre alienado, sin la presencia del progenitor alienador, para lograr identificar puntos de coincidencia a fin de conseguir un mayor entendimiento entre ellos (Howard, 2014, p. 148).

Miguel Ángel Soto (2011, pp. 203-204) opina que viene a ser la forma en la que se reestablecen las relaciones entre padres e hijos, creando un ambiente de paz y poniendo fin al sufrimiento que ambos padecen; por lo que a diferencia de la conciliación, mediación u otros mecanismos análogos, es realmente efectiva.

Para su adecuado desarrollo, será necesario que cada cierto tiempo el terapeuta (psicólogo) remita la información al juez sobre la forma en la que está teniendo efectos positivos la terapia. Asimismo, la presencia del progenitor alienador se deberá de dar luego de haber logrado puntos de coincidencia entre el hijo alienado y el progenitor alejado.

Finalmente, su éxito dependerá de la calidad profesional y personal del terapeuta; por consiguiente, será indispensable que este actúe sin prejuicios y alejado de cualquier tipo de estereotipos e ideologías, ya que un error en la forma en la que se desarrollará la terapia será perjudicial para el niño, niña o adolescente (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 87).

4.13.2. Visitas supervisadas

Esta se establece entre el progenitor alejado y el hijo alienado. Se caracteriza porque las visitas del primero a los segundos se dan en presencia de un trabajador social adscrito al Poder Judicial o a otra entidad estatal, quien deberá analizar la manera en la que se desarrolla la convivencia entre ellos, a fin de comunicar al juez que ordenó dicha medida si los vínculos afectivos se han restaurado (Álvarez, 2011, p. 230).

Las convivencias supervisadas no deben estar sometidas a ningún tipo de presión, por lo que la presencia de algo o alguien que afecte la seguridad o integridad de los menores de edad será razón suficiente para que deje de practicarse.

A mi criterio, esta opción será la más viable si es que todavía no existe alienación parental, sino únicamente inculcación maliciosa, ya que en este escenario todavía es posible obtener el apoyo del progenitor que ejercer la tenencia.

4.13.3. Intervenciones mediadoras, terapéuticas y legales

Lund (citado por Bolaños, 2002, p. 37) señala que el mejor remedio para enfrentar la alienación parental es que el juez ordene la designación de un “gerente del caso” para coordinar las diversas intervenciones mediadoras, terapéuticas y legales.

Así, los componentes esenciales de este tratamiento serían la celebración de sesiones privadas entre el hijo alienado y su padre rechazado, buscando que se produzca una interacción con menor intensidad emocional y más placentera; la terapia individual para los progenitores, en el que se busque ayudar a recuperar su estabilidad emocional luego de la ruptura y abandonar todo tipo de comportamiento

conflictivo; mediación entre los padres, en el que tendrá que intervenir un mediador a fin de generar un diálogo fluido y fructífero entre ellos, y la comunicación entre los terapeutas, a fin de manejar su neutralidad y elaborar proyectos para obtener intervenciones coordinadas con objetivos similares (Lund citado por Bolaños, 2002, pp. 37-38).

4.13.4. Mediación familiar flexible

Iñaki Bolaños (2002, p. 41) aborda el problema de la alienación parental desde los factores que se ven involucrados: personales, familiares y legales. En este sentido, explica que la mejor medida psicojurídica a adoptarse será el empleo de una mediación familiar flexible.

Así, refiere que esta decisión va más allá de la básica facilitación del diálogo, pues se construye teniendo en cuenta que se está ante un escenario litigioso. De este modo, se otorga relevancia a la creación de un contexto familiar regulado por la cooperación entre sus integrantes.

Precisamente, lo que busca esta mediación es desaparecer las causas del conflicto a través de una labor retrospectiva, en donde los intervinientes puedan darse cuenta que podían actuar de diferente manera frente al problema familiar (Bolaños, 2002, p. 41).

Para ello, esta medida parte del entendido que todos los familiares han aportado en cierto grado para que el menor de edad sea alienado; por ende, cada uno de los protagonistas del SAP participará en la mediación (Bolaños, 2002, p. 42).

Finalmente, Iñaki Bolaños (2002, p. 42) explica que la meta en la mediación familiar flexible es que los progenitores, de manera conjunta, sigan ejerciendo las atribuciones y facultades que se derivan de su relación paterno y materno-filial.

4.13.5. Niveles residenciales

Frente al nivel severo de intensidad del síndrome de alienación parental, Richard Gardner (citado por Aguilar, 2006, p. 172) consideró que la mejor solución era establecer tres niveles de residencia. Así, el primer nivel

sería el domicilio de un familiar o amigo cercano, el segundo una comunidad u hogar de protección y el tercero una institución hospitalaria.

Asimismo, consideró que cada nivel tenía que transitar por seis fases, las cuales estaban dirigidas a demostrarle al niño, niña o adolescente alienado que el progenitor rechazado no era tan peligroso como le habían retratado (Gardner citado por Aguilar, 2006, p. 172).

Según Richard Gardner (citado por Aguilar, 2006, p. 173), estas fases son las siguientes:

- Fase 1: el menor de edad alienado es ubicado en una nueva residencia. En este periodo se interrumpe el contacto con el progenitor alienador. Luego de unos días de haberse adaptado al nuevo ambiente, el niño, niña o adolescente recibirá la visita del padre rechazado, las cuales, atendieron a su respuesta, irán ampliándose.
- Fase 2: inician las visitas al domicilio del progenitor alienado, para después regresar a la residencia puente. Las visitas se irán prolongando mientras que el contacto con el padre programador seguirá suspendido.
- Fase 3: se procede a trasladar al menor de edad al domicilio del papá o la mamá rechazada. Al principio de esta fase, el hijo seguirá sin tener contacto con su progenitor alienador, pues ello será determinante para lograr demostrar que todo lo manifestado sobre el padre alienado es falso.
- Fase 4: inicia el contacto con el progenitor alienador, pero con la supervisión constante por parte de un profesional especializado en la materia. La comunicación irá avanzando según el comportamiento que demuestre este padre.
- Fase 5: inician las visitas del padre alienador, las cuales siempre se darán de manera supervisadas.

- Fase 6: en ciertos casos, aunque controlados y con la presencia constante del apoyo judicial, las visitas del progenitor alienador se darán en el domicilio de su expareja.

4.14. El rol del juez ante la presencia del SAP

Si bien lo ideal es evitar judicializar el conflicto parental, pues ello provoca una carga psicológica excesiva para todos los involucrados, especialmente para los niños, niñas y adolescentes –en esta perspectiva, Arce, Novo y Carballal (2003) consideran que la mejor solución es que el progenitor alejado intente comunicarse con el padre alienador a fin de hacerle entender que su accionar está perjudicando irremediablemente al hijo (p. 223)–, lastimosamente, en la gran mayoría de casos, las medidas auto compositivas de resolución de conflictos no serán suficientes, por lo que solo la intervención del Estado, a través de los jueces, empezará a poner fin a la vulneración de los derechos de los menores de edad.

Es de esta manera que en los países de México, España, Estados Unidos y Brasil, por ejemplo, se han preocupado por estudiar concienzudamente las diversas patologías que se presentan a lo largo de un proceso judicial. Así, el síndrome de alienación parental, como una patología psicológica que representa una manifestación del ejercicio abusivo de la tenencia (en específico la exclusiva), empezó a ser aplicado para determinar con quién vivirá el niño, niña o adolescente.

En el caso del Estado peruano, cada vez es más común que los jueces de familia utilicen el referido trastorno psicológico para variar la tenencia, por ello es imperante que la estudien y logren entenderla (Pérez y Andrade, 2013, p. 19). De este modo, se evidencia un mayor número de casos en los que los juzgadores requieren que se realice un análisis (pericia psicológica y visita de la trabajadora social) para determinar su presencia, a fin de resolver el litigio y garantizar el interés superior del niño, debido a que su no evaluación constituiría el primer y principal factor de generación y mantenimiento de conflictos (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 7).

SUBCAPÍTULO V EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

5.1. De la doctrina de la situación irregular al de protección integral

Los tratamientos jurídico, social y de política legislativa que han recibido los niños, niñas y adolescentes a lo largo de la historia se pueden resumir en dos doctrinas generales: situación irregular y protección integral.

Si bien ambas comparten un punto en común: proteger a los menores de edad para que puedan insertarse correctamente en la sociedad (Chunga, 2002, p. 43); sus diferencias son numerosas y marcadas, pues cada una fue estructurada bajo la influencia de determinados hechos históricos e ideologías que inspiraron la promulgación de cuerpos normativos diferenciados.

A continuación se desarrollan cada una de ellas.

5.1.1. Doctrina de la situación irregular

La doctrina de la situación irregular se origina aproximadamente entre finales del siglo XIX y principios del XX; encuadrándose dentro de la denominada Escuela Etiológica. Así, se caracterizaba por brindarle tutela únicamente a los menores que se encontraban en situación de pobreza o marginalidad, o que se dedicaban a la delincuencia; por ello, el Estado intervenía directamente en sus vidas a través de medidas jurisdiccionales, administrativas, políticas y legislativas (Beloff, 2004, p. 21; González, 2015, p. 9).

Asimismo, al catalogar a los menores como individuos que en un futuro serían peligrosos, se justificaba el empleo de políticas criminales tutelares a fin de poder salvarlos; en este sentido, eran "considerados como objetos de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un abordaje especial" (Beloff, 2004, p. 24).

Por otro lado, se marcó un tratamiento diferenciado entre los niños y los menores; en este sentido, mientras que a los primeros no se les brindaba protección estatal, pues eran seres normales que se desenvolvían sin

problemas en la sociedad; los segundos estaban sujetos a una intervención tutelar constante, ya que no socializaban a través de la familia o la escuela, por lo que era usual aplicar sobre ellos medidas de protección que muchas veces limitaban sus derechos (Beloff, 2004, p. 23).

De este modo, las características más resaltantes de la doctrina de la situación irregular son las siguientes: 1) las categorías definidas como menores en situación irregular poseen un carácter enunciativo; es decir, tienen un sentido amplio y de *numerus apertus*, por lo que abarca diversas circunstancias como el comportamiento antisocial, el estado de peligrosidad, el abandono material o moral y la deficiencia física o mental; 2) los menores son objeto de protección estatal, pues al ser individuos en desarrollo todavía no comprenden las consecuencias de sus actos; de este modo, es normal que vivan en constante riesgo, siendo necesario la intervención estatal para estimular, por medio de tratamientos, su psiquis; 3) el juez de menores posee amplias atribuciones discrecionales, por lo que pasa a ser catalogado como un buen padre de familia y, por ende, protector innato que no puede equivocarse; asimismo, su rol participativo es muy extenso, pudiendo inmiscuirse en temas preventivos, investigativos y decisorios dentro de un gran margen de libertad; 4) los menores carecen de responsabilidad penal, ya que son inimputables; ello a raíz de ser seres que no han logrado la madurez suficiente para asumir la carga de sus propios actos; 5) cada menor recibe un tratamiento educativo a partir de su personalidad; por tal motivo, el Estado busca transformarlos en ciudadanos socialmente útiles, empleando la observación en ambientes abiertos o cerrados y medidas reeducativas de plazo indeterminado, y 6) las garantías procesales son inexistentes; en consecuencia, la función jurisdiccional se presenta con rasgos inquisitivos, en donde el juzgador a toda costa protege al menor, a pesar que ello podía limitar o lesionar sus derechos fundamentales, como el derecho de defensa, la motivación escrita de las resoluciones judiciales, la doble instancia y demás

facultades subjetivas concernientes al debido proceso (Plácido, 2015, pp. 39-45; Sotomarino, 2017, pp. 43-45).

Finalmente, según el Tribunal Constitucional, en la RTC N° 032-2008-PHC (citado por Hawie, 2015, p. 112), la doctrina de la situación irregular tiene como sus principales ejes: un conservadurismo jurídico-corporativo (el juez actúa como padre de familia por la insuficiente legal), un decisionismo administrativista (amplio margen de discrecionalidad de los funcionarios públicos) y el basismo de la atención directa (las leyes era asistencialistas, el niño era un mero objeto).

5.1.2. Doctrina de la protección integral

La doctrina de la protección integral surge a finales de la década de 1960, durante el periodo en el que inicia el traslado del modelo etiológico al de reacción social. Empero, su desarrollo⁶¹ exponencial se dio desde la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶²⁶³.

Por este motivo, su rasgo esencial es el tratamiento que brinda a la infancia, pues los niños⁶⁴ dejan de ser tratados como meros objetos de protección, para pasar a ser sujetos de plenos derechos (Garay, 2009, p. 121); es decir, titulares de todos aquellos intereses subjetivos de ventaja que detentan los adultos y otros adicionales por su especial condición de seres con una capacidad progresiva de ejercicio (Plácido, 2015, p. 47).

Por ello se dice que sus dos ejes fundamentales son el reconocimiento de los menores de edad como sujetos de derecho y la titularidad de los

⁶¹ Esta doctrina se encuentra en evolución constante, por lo que pasa a tener una noción abierta que busca conseguir mejores estándares.

⁶² Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que desarrolla ampliamente los postulados de la doctrina de la protección integral, existen otros instrumentos normativos internacionales que también se encargan de explicar y aplicar su contenido. En este grupo se encuentran las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing del 29 de noviembre de 1989) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad y Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riyadh del 14 de diciembre de 1990).

⁶³ Sin embargo, el primer instrumento normativo que acogió a la doctrina de la protección integral fue el Estatuto del Niño y el Adolescente adoptado por Brasil en 1990.

⁶⁴ En el ámbito internacional no se hace diferencia entre niños, niñas y adolescentes, empleando el primer término para referirse a todos aquellos sujetos de derecho que todavía no cumplen dieciocho años de edad. Si bien el inicio de la infancia es algo confuso, en el Estado peruano se ha establecido constitucionalmente que la protección como sujeto de derecho se brindará desde que un ser es concebido; en consecuencia, razonablemente se puede concluir que los concebidos también serán sujetos cuyos derechos pueden ser tutelados bajo los dispositivos legales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

niños, niñas y adolescentes del derecho a tener un entorno con condiciones de vida que coadyuven a su progreso integral por encontrarse en constante desarrollo y vulnerabilidad (Méndez, 2005, p. 75; Mella, 2017, p. 34). Asimismo, como sus elementos fundamentales se ubican el principio de la unidad familiar y el principio de la corresponsabilidad familiar, social y estatal frente a la tutela de la infancia (O'Donnell, 2006, pp.120-121).

De este modo, los postulados más trascendentales de la doctrina de la protección integral son: 1) el cambio de paradigma de la niñez, por el cual los menores de edad dejan de ser objeto de protección para pasar a ser reconocidos como sujetos de plenos derechos; 2) la consideración primordial del interés superior del niño, constituyéndose como guía interpretativa, derecho subjetivo y enunciado normativo procedimental; 3) la circunspección de los derechos de los menores de edad dentro de los diversos programas internacionales referidos a derechos humanos; 4) el reconocimiento, tutela y garantía de ejercicio de los derechos de los niños que infringen los dispositivos legales penales; 5) el diferente trato que brinda el Estado a los niños que se encuentran en estado de abandono con aquellos que han infringido la ley penal; 6) la instauración de medidas punitivas distintas a las que impliquen la privación de la libertad, y 7) la relevancia de los principios de igualdad ante la ley y la no discriminación (Plácido, 2015, pp. 48-49).

Por otro lado, sus características más importantes son: a) la consolidación de la situación jurídica de los niños como titulares de derechos fundamentales, los cuales son inherentes a su propia naturaleza humana y, por ende, son atributos propios de ella; de este modo, su protección frente a cualquier acto que busque lesionarlos estará a cargo de la familia, la sociedad y el Estado; b) la tutela integral de los derechos fundamentales de los niños por su interés superior, el cual se instituye como una herramienta útil para dilucidar conflictos de intereses o de derechos; asimismo, sirve como un criterio de exigencia y preferencia para cuando se administren y brinden servicios públicos,

se ejecuten y planifiquen políticas públicas y se fije el destino de los recursos públicos; c) el reconocimiento de la autonomía privada en desarrollo y participación de los niños en el ejercicio de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentran la libertad, el acceso a la información, a ser escuchado, a emitir opinión, a que se le designe representante, a que se le proteja frente a la arbitrariedad, entre otros, y d) el nuevo rol del juez en los procesos de familia, quien deja de ser considerado el buen padre de familia, con atribuciones discrecionales, para pasar a ser un funcionario público con facultades jurisdiccionales limitadas orientadas a garantizar el interés superior del niño (Beloff, 2004, p. 38; Plácido, 2015, pp. 47-53).

Finalmente, es necesario señalar que la doctrina de la protección integral (también la Convención sobre los Derechos del Niño) ha “elevado al interés superior del niño al carácter de norma fundamental” (Plácido, 2015, p. 135). En consecuencia, a continuación se explicará su contenido, desarrollo y el impacto de su reconocimiento en la toma de decisiones judiciales.

5.2. El desarrollo histórico del interés superior del niño

El interés superior del niño es una alocución relativamente moderna, cuyo desarrollo doctrinario inició en el siglo XIX bajo la noción de “bien del niño”; no obstante, es a partir del siglo XX en donde se produjo su rápido proceso de maduración, pues en esta época iniciaron las promulgaciones de los primeros instrumentos normativos internacionales⁶⁵ referidos a la protección de la infancia (Plácido, 2015, pp. 136-137).

Así, en la Declaración de los Derechos del Niño por la Sociedad de Naciones de 1924 se señaló que la humanidad se encuentra en el deber de conceder al niño todo aquello que se estime mejor y más beneficioso para él. Posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se estableció que los infantes tienen derecho a ser

⁶⁵ Empero, también se desarrolló legislativamente el interés superior del niño en ordenamientos jurídicos nacionales; al respecto, en Italia fue introducida a partir la Ley de Adopción de 1967 y en Reino Unido desde comienzos de 1970, aunque obtuvo mayor fuerza y presencia con la *Guardianship of Infants Act* de 1925.

cuidados y a que se les brinde asistencia (Plácido, 2015, p. 137; López, 2015, p. 54).

Once años después, con el principio II de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, se señaló, por primera vez, que el niño disfrutaría de una protección especial, por lo que se le concedieron oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse plenamente en condiciones de dignidad y libertad; en ese sentido, las leyes que buscaban ello se promulgaron teniendo como consideración fundamental el interés superior del niño (Plácido, 2015, pp. 137-138).

Sin embargo, este amplio margen de operatividad se vio restringido con el artículo 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual señala que el interés superior del niño únicamente se empleará para determinar si las sentencias en materia penal o contenciosa se publicarán (Gamarra, 2003, p. 49).

Bajo esta misma orientación se ubica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, en su artículo 17.4, regula que en los matrimonios disueltos deberán de adoptarse disposiciones que aseguren necesariamente la protección de los hijos; de tal forma que su uso se restringe a la vinculación de la relación parental con la conyugal (Gamarra, 2003, p. 49).

Asimismo, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 es utilizado para guiar la forma en la que los progenitores deben de educar y criar a sus hijos; es decir, en el ejercicio de las atribuciones que corresponde a la patria potestad (Plácido, 2015, p. 138).

Finalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se produjo un cambio sustancial; precisamente, en su artículo 3, el interés superior del niño pasa a ser tratado, en primer término, como un principio general y criterio rector, cuyo contenido no solo se restringe a determinados casos concretos, sino que pasa a emplearse en todos aquellos procesos, procedimientos o afines en donde se encuentren en

juego los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Gamarra, 2003, p. 43). En segundo lugar, pasó a ser entendido como una guía para la creación de políticas públicas y decisiones de índole legislativa, administrativa, judicial y otras a cargo del Estado, la sociedad y especialmente de la familia.

5.3. ¿Qué es el interés superior del niño?

5.3.1. Aspectos Generales

En la doctrina se ha señalado que el interés superior del niño guarda una relación fundamental con el Derecho de Familia (especialmente en los momentos de crisis familiar), pues las instituciones jurídicas de esta especialidad jurídica buscan asegurar la continuidad de las relaciones parentales y la disminución o evasión de posibles consecuencias y daños en los menores de edad a causa de los problemas intrafamiliares (Castillo, 2010, p. 25).

Asimismo, se ha explicado que el referido interés se sustenta en el estado de indefensión natural de los niños, niñas y adolescentes, quienes por su condición biológica y psicológica no pueden valerse por sí mismos, pues todavía se encuentran en progresivo desarrollo (Stilerman, 2004, p. 25).

Así, el interés superior del niño adquiere un rol preponderante en todo lo concerniente a la infancia, pues reafirma la primacía de sus derechos fundamentales frente a otros intereses o derechos que colisionen o restrinjan su ejercicio, reconocimiento o disfrute; de tal manera que no posee un enfoque “paternacéntrico ni estatocéntrico sino infantocéntrico” (Aguilar Cavallo, 2008, p. 244).

Ahora bien, pese a su evidente trascendencia, un sector de la doctrina lamenta su incorporación en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, pues al tratarse de un concepto jurídicamente indeterminado⁶⁶, en reiteradas ocasiones se podrán tomar decisiones que en apariencia

⁶⁶ Son criterios de valor que únicamente podrán ser delimitados al momento de ser empleados en cada caso particular.

son lo que más beneficia a los niños, a pesar que se sustenten en criterios subjetivos, arbitrarios, acientíficos, alejados del desarrollo doctrinario, basados en estereotipos sociales y totalmente ajenos a salvaguardar sus derechos (López, 2015, pp. 52-53; Ortega, 2002, p. 89-91; Cárdenas, 2017, p. 30).

No obstante, esta apreciación yerra al considerar que la indeterminación conceptual es algo negativo, pues se obvia el hecho que en su contenido polisémico y abstracto radica su real trascendencia (Ravetllat y Pinochet, 2015, p. 904). Precisamente, en términos de aplicación, no puede sostenerse válidamente que el interés superior del niño es vago e impreciso, sino que su contenido es dinámico, flexible y cambiante; es decir, adaptable en función a cada caso en concreto (Ravetllat, 2012, p. 92). Por consiguiente, pasa a tener “un valor jurídico eminentemente instrumental en la decisión acerca de un derecho aislado o en conflicto con otros derechos” (Rivero Hernández citado por Gutiérrez y Cuipa, 2014, p. 151).

De esta manera, el Comité de los Derechos del Niño, a través de su Observación General N° 14, ha establecido que el interés superior del niño se configura como un principio, derecho subjetivo y norma procedimental que deberá utilizarse cada vez que estén en juegos los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, por lo que viene a ser un criterio guía de toda decisión nacional e internacional referida a la infancia (Amado, 2017, p. 70; Chávez, 2017, p. 107).

5.3.2. La triple dimensión del interés superior del niño

5.3.2.1. Como derecho subjetivo

Partiendo que el derecho subjetivo es “toda expectativa de prestaciones o de no lesiones” (Ferrajoli, 2013, p. 605); el interés superior del niño se configura como un derecho con una doble dimensión.

Así, en primer lugar, presupone que todo niño, niña y adolescente tiene la facultad de exigir que su interés superior sea una consideración

primordial que deba evaluarse al momento de existir una situación, un interés u otra circunstancia de carácter individual, colectivo o público que afecte sus derechos fundamentales. En segundo lugar, implica que nadie puede desconocer dicho interés, pues hacerlo significaría atentar contra la especial condición de los menores de edad como sujetos de derecho en constante desarrollo (Amado, 2017, p. 70; Lescano, 2017, p. 89).

De este modo, supone que en cualquiera de sus dos dimensiones exista la garantía de que siempre sea empleado al momento de adoptar una decisión que vulnere a un niño, niña o adolescente o a un grupo de ellos –ya sea de manera concreta o abstracta– (Plácido, 2015, p. 799).

Finalmente, si los niños, niñas y adolescente son los titulares de este derecho subjetivo o sustantivo, el deber de garantizar su ejercicio y disfrute, así como el de no vulnerarlo, recae en la familia, la sociedad y en el Estado a través de sus diversos órganos y funcionarios y servidores públicos.

5.3.2.2. Como principio

El interés superior del niño también es un principio, por el cual se brinda una atención prioritaria y primordial a los menores de edad –a fin de conseguir su máximo bienestar– en toda medida adoptada por las instituciones públicas o privadas, la sociedad, su familia extensa o sus padres en donde estén en juego sus derechos; de tal forma que su observancia involucra a todos los agentes que tengan incidencia o vinculación, a través de sus decisiones, en ellos (Mella, 2016, p. 159; Sokolich, 2013, p. 82; Lescano, 2017, p. 88).

Se sustenta en los derechos fundamentales de la infancia y materializa el carácter indivisible y sistémico de la doctrina de la protección integral, lo cual permite que se configure no solo como un mero principio abstracto sino en uno de carácter general con eficacia práctica que brindará fuerza normativa superior a las leyes cuya elaboración, modificación, interpretación, integración o aplicación involucre a los

infantes y al desarrollo progresivo de sus derechos (Mella, 2016, p. 161; Garay, 2009, p. 130; Onofre, 2017, p. 19; Aguilar Cavallo, 2008, p. 226; Chávez, 2017, p. 114; Ravetllat y Pinochet, 2015, p. 905; Cillero, 2007, p. 129; Ortega, 2015, p. 41).

Así, su función primordial será reafirmar sus derechos, por lo que estos tendrán una preferencia especial sobre cualquier consideración social, interés o actividad que los pueda afectar; a tal punto que pasa a tener una primacía dentro de la que ya tienen las personas por el solo hecho de ser humanos (Gutiérrez y Cuipa, 2014, p. 150; Mella, 2017, p. 35; Gamarra, 2003, p. 47).

En este sentido, termina convirtiéndose en un principio cardinal en la teoría jurídica de la infancia, pues su naturaleza lo constituye en un criterio determinante para priorizar políticas públicas nacionales e internacionales que implican reconocer la esencialidad y preferencia de los intereses de los niños sobre otros (Ortiz, 2016, p. 75; Torrecuadrada, 2016, p. 139).

Finalmente, para su verdadera eficacia requiere de una actitud tuitiva por parte de los operadores jurídicos, pues ellos son los encargados de aplicar, interpretar, flexibilizar e integrar los enunciados normativos en los que reposan los derechos fundamentales de los menores de edad, con el fin de obtener la decisión que más favorecerá a su dignidad como seres merecedores de protección y atención (Chávez, 2017, p. 115; Aguilar Cavallo, 2008, p. 230; Ravetllat, 2012, p. 91). Por esta razón, viene a ser consustancial al Estado Constitucional de Derecho y al trabajo desempeñado por los jueces de familia, quienes deben velar por su efectivo uso (Sokolich, 2013, p. 83).

5.3.2.3. Como norma procedimental

Finalmente, como una dimensión singular, el Comité sobre los Derechos del Niño, a través de su Observación General N° 14, ha establecido que el interés superior del niño también es una norma de procedimiento o procedimental.

La singularidad de esta dimensión se encuentra presente en el hecho que es la única que se refiere a su carácter adjetivo; es decir, a sus efectos pragmáticos, ligados intrínsecamente a los procesos o procedimientos en los que están en juego los derechos fundamentales de la infancia (Balarezo, 2007, párr. 6).

Precisamente, como norma procedimental exige que el operador jurídico siempre prevea las posibles consecuencias o repercusiones, positivas o negativas, de su decisión con relación al bienestar general de los niños, niñas y adolescentes (sean estos un solo individuo o un grupo concreto o abstracto); debiendo de respetar las garantías procesales y emitir un fallo debidamente motivado (Plácido, 2015, p. 799; Amado, 2017, p. 70; Lescano, 2017, p. 89).

Así, la decisión que adoptará el juez deberá estar sustentada no solo en lo acontecido en el trámite del proceso, sino también, con especial relevancia, en los efectos que generará su fallo en el bienestar general de los menores de edad y en sus derechos fundamentales.

5.4. El interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño

En primer lugar, es necesario entender que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁶⁷ recoge y desarrolla la doctrina de la protección integral; asimismo, reafirma la relevancia del interés superior del niño, a tal punto que lo considera como un criterio-guía y norma fundamental para su efectiva aplicación (Cillero, 2007, p. 126).

Así, exterioriza su sustento en los conceptos universales de la libertad, justicia, dignidad, equidad y paz a través del reconocimiento del interés superior del niño⁶⁸ (Castro, 2010, p. 32; Mella, 2017, p. 34); de tal forma

⁶⁷ En el Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño entró en vigor desde el 02 de noviembre de 1989, mediante la Resolución Legislativa N° 25278; empero, recién con el Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia (PNAI) de 1992 se establecieron las políticas nacionales para dar vigencia a los derechos contenidos en este tratado normativo internacional.

⁶⁸ Adicionalmente, el sustento de sus conceptos universales también se aprecia en el reconocimiento de los derechos a la dignidad, a la no discriminación, efectividad y prioridad absoluta, participación solidaria y a la igualdad.

que cumple en la Convención dos funciones esenciales como principio general y pauta interpretativa (Gamarra, 2003, p. 66).

La primera función se encuentra contenida en el primer párrafo del artículo 3 del referido instrumento normativo internacional⁶⁹, el cual establece que en todas las medidas referidas a los niños, niñas o adolescentes que adopten las instituciones de Derecho Público o Privado de auxilio social, los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia o con potestades jurisdiccionales o los organismos legislativos, una consideración primordial⁷⁰ a que se atenderá será el interés superior del niño.

De este modo, su carácter principista se manifiesta en el hecho que los operadores jurídicos se encuentran obligados a salvaguardar la eficacia de los derechos fundamentales de los niño, niñas y adolescente, así como en el deber de privilegiar estos derechos sobre todos los actos, comportamientos pasivos o activos, servicios, procedimientos, procesos y demás iniciativas políticas, legislativas o privadas que los afecte directa o indirectamente (Freedman, 2005, pp. 115-120; Ravetllat y Pinochet, 2015, p. 912; Cillero, 2007, p. 135). En consecuencia, vendría a configurarse como un límite en la discrecionalidad de las autoridades públicas y los sujetos privados cuyas decisiones involucran a la infancia (Núñez, 2017, p. 58).

Finalmente, como principio tiene una naturaleza flexible, que se adapta a cada especial interés de la infancia y, por ende, a sus necesidades primordiales para su desarrollo y vida en sociedad (González, 2008, pp. 404-405); por consiguiente, adopta tres roles: 1) se constituye como un elemento que debe ser observado para la implementación de otros

⁶⁹ Resulta importante señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño reguló al interés superior del niño como un concepto jurídicamente indeterminado. Como se ha señalado anteriormente, ello generó que tenga una naturaleza dinámica, flexible y adaptable a cada caso en concreto; por consiguiente, quien se basaba en él para resolver una controversia debía de precisar su significado y contenido para después comprobar en cuáles circunstancias en concreto resultaba plenamente aplicable.

⁷⁰ Es decir, no será la única consideración que se tomará en cuenta cuando estén en juego los derechos fundamentales de los menores de edad. Si bien esta es la fórmula que recoge la Convención, el borrador primigenio presentado por Polonia consideraba al interés superior del niño como la única consideración primordial a tenerse en cuenta; no obstante, con la postura defendida por Estados Unidos, dicha propuesta fue variada a una que flexibilizó en mayor medida este principio.

derechos, 2) funciona como un elemento mediador en la resolución de conflictos entre intereses en el marco de la Convención y 3) sirve para analizar leyes, políticas y prácticas relacionadas con los niños, niñas y adolescentes que no se encuentren sujetas por obligaciones expresas (González, 2008, p. 405-406).

En cambio, como función interpretativa –entendida como el criterio para comprender sistemáticamente los derechos fundamentales de los infantes, así como un mecanismo para solucionar conflictos entre derechos regulados en la misma Convención (Cillero, 2007, p. 137)– se encuentra regulada en los artículos 9 párrafo 1 y 3, 18 párrafo 1, 20 párrafo 1, 21, 37 literal c, 40 párrafo 2 literal b iii de la reiterada Convención (Freedman, 2005, pp. 115-120).

En lo concerniente al artículo 9 párrafos 1 y 3, el interés superior del niño se configura como un elemento a tener en cuenta en la separación de los menores de edad de sus padres; así, si bien es un derecho de estos el vivir con su familia y ser criados por sus progenitores, cuando esta convivencia termina perjudicando su integridad o poniendo en peligro su vida, la separación se convierte en necesaria. Asimismo, en el supuesto caso que se produzca la separación, el referido interés también será determinante para permitir que el niño, niña o adolescente siga manteniendo contacto con su progenitor no conviviente (Cillero, 2007, p. 137; Plácido, 2015, p. 148; Gamarra, 2003, p. 67).

Por su lado, el artículo 18 párrafo 1 recoge el principio de responsabilidad común en la educación, por el cual ambos progenitores deben intervenir activamente en la enseñanza de sus hijos (Plácido, 2015, p. 148). De esta forma, el interés superior del niño debe guiar esta obligación parental, a fin de evitar un exceso en las facultades ejercidas en este ámbito (Gamarra, 2003, p. 67; Ravetllat y Pinochet, 2015, pp. 914-915).

El artículo 20 párrafo 1 señala que todo niño, niña y adolescente que no se relacione con un entorno familiar, o vinculándose afecta su interés superior, tiene el derecho a una protección y ayuda especial estatal,

preferentemente en lo que respecta a su substitución; es decir, lo que se denomina substitución familiar, abarcando a la adopción, ingreso a hogares sustitutos o familias de acogimiento (Gamarra, 2003, p. 67; Plácido, 2015, p. 149).

Respecto al artículo 21, el interés superior del niño pasa a ser la pauta elemental para instaurar y desarrollar el sistema de adopciones. Así, el Estado se encuentra obligado a brindar apoyo a los infantes que se encuentran privados de su entorno familiar, fiscalizando que el referido sistema se lleve a cabo bajo procedimiento debidamente instrumentalizados, a fin de evitar abusos (Plácido, 2015, p. 149).

En lo que respecta al artículo 37 literal c, el interés superior del niño impone que en las medidas penitenciarias se proscriba toda posibilidad de brindar penas o tratos inhumanos a los menores de edad. Asimismo, atribuye al Estado la obligación de separar a los reos adultos de todo infante que ha cometido algún ilícito penal, salvo que dicha separación no sea lo más beneficioso para ellos (Cillero, 2007, p. 137; Plácido, 2015, p. 150).

Finalmente, en el literal b iii) del párrafo 2 del artículo 40 se prescribe que el interés superior del niño debe ser velado cuando un menor de edad es sometido a un proceso penal; de tal forma que, al momento de evaluarse su situación legal, el juez o fiscal tenga en cuenta su condición personal acorde a su edad o entorno familiar (Gamarra, 2003, p. 68).

5.5. El interés superior del niño en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño

A través de la Observación General N° 14⁷¹, el Comité de los Derechos del Niño ha propuesto los criterios que coadyuvarán a juzgar en qué consiste de manera general o particular el interés superior del niño (Plácido, 2015, p. 164).

⁷¹ Aprobada por el Comité en su periodo de sesiones 62, llevada a cabo desde el 14 de enero al 1 de febrero del 2013.

Así, en el referido documento se ha señalado que el fin de la conceptualización del referido interés es garantizar el disfrute pleno y efectivo de la totalidad de derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño; de tal forma que subraya su triple dimensión (Plácido, 2015, p. 164), a fin de no ser un concepto encasillado a un determinado momento de la historia, sino a tener una naturaleza dinámica que le permita evolucionar a lo largo del tiempo y los avances sociales (Chávez, 2017, p. 109).

En este sentido, la triple dimensión del interés superior del niño permite entenderlo como un principio, un derecho subjetivo y una norma procedimental.

Como principio vendría a ser una pauta hermenéutica, la cual permitirá decidir la mejor interpretación de un enunciado normativo cuando esté sujeto a varias interpretaciones discordantes. En cambio, como derecho subjetivo es el derecho sustantivo de los menores de edad a que su superior interés sea una consideración primordial a evaluar cuando exista una colisión de derechos o una decisión que los pueda afectar y una garantía de que el derecho preferido sea efectivamente aplicado. Finalmente, como norma de procedimiento exige que siempre que se tenga que tomar una decisión sobre un niño, o un grupo concreto o abstracto de ellos, se realice un proceso que permita prever razonablemente sus posibles repercusiones en los niños, niñas o adolescentes interesados (Plácido, 2015, pp. 164-165).

Por otro lado, a fin de volver plenamente efectivo al interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño, en el párrafo 6 de la referida observación, ha expresado que se deben de tener en cuenta los siguientes parámetros: a) el carácter universal, no divisible, interdependiente e interconectado de los derechos fundamentales del niño, b) el reconocimiento de los menores de edad como titulares de derechos, c) el impacto global y la naturaleza de la Convención sobre los Derechos del Niño, d) la obligación estatal de velar por el cumplimiento,

tutela y aplicación de los derechos contenidos en la Convención y e) las consecuencias, en diferentes lapsos de tiempo, de las medidas concernientes con el desarrollo integral y progresivo de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, en la Observación General N° 14 se han descrito los elementos para evaluar y determinar el comentado interés superior, los cuales viene a ser los siguientes: la opinión de los menores de edad, el derecho a la identidad de todo niño, niña o adolescente, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones personales, especialmente las afectivas, el cuidado, tutela y seguridad del niño, la situación de constante vulnerabilidad en la que se encuentran los infantes y los derechos a la educación de calidad y a tener una buena salud (Plácido, 2015, pp. 167-170).

Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño ha precisado, en los párrafos 89, 92, 93, 94, 96, 97 y 98 de la citada Observación General, que deben establecerse y aplicarse salvaguardias procesales adaptadas a las parvedades de cada menor de edad, a fin de poder determinar su interés superior; destacando las siguientes: el derecho del niño, niña o adolescente a expresar por sí mismo su opinión, debiéndosele informar sobre los posibles servicios y soluciones a los que puede arribar; la determinación de los hechos con ayuda de especialistas capacitados; la percepción del tiempo, a fin de tramitar prioritariamente los procesos o procedimientos relacionados, directa o indirectamente, con los derechos de este especial grupo de sujetos de derecho; los profesionales cualificados, a fin de analizar las necesidades especiales de los menores de edad; la representación letrada, que debe garantizar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva de los niños, niñas o adolescentes que son parte de un litigio; la argumentación jurídica, por el cual se requiere de una motivación razonada, explicada y justificada fáctica y jurídicamente en toda decisión que involucre derechos de la infancia; los mecanismos para examinar o revisar las decisiones, lo que supone la creación de órganos superiores de revisión especializados, y la evaluación del impacto

en los derechos del niño, lo que conlleva a prever las repercusiones de cualquier tipo de proyecto (Plácido, 2015, pp.171-174).

5.6. El interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano

En el ordenamiento jurídico peruano, el interés superior del niño, atendiendo a la doctrina de la protección integral y a la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra recogido en la Constitución Política del Perú de 1993, el Código de los Niños y Adolescentes del 2000 y, de manera más específica, en la Ley N° 30466.

La Carta Magna peruana recoge de manera implícita, en su artículo 4, el interés superior del niño. Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú ha referido que este pasa a ser un principio que sustenta y garantiza todos los derechos fundamentales de la infancia, por lo que debe ser respetado por el Estado, la sociedad y la familia.

En lo que respecta al Código de los Niños y Adolescentes, en el artículo IX de su Título Preliminar el interés superior del niño también es concebido como un principio que debe observarse al momento de adoptar cualquier decisión concerniente a los niños, niñas y adolescentes. Así, se aprecia que este principio ha sido subrayado por los legisladores en específicas situaciones jurídicas que afronta la infancia, entre las cuales se encuentran la tenencia, el régimen de visitas, el ejercicio de la patria potestad, la tutela, el consejo de familia y lo que concierne a las infracciones punitivas.

Por otro lado, es interesante señalar que la regulación nacional sobre el principio del interés superior del niño encuentra su sustento en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que se configura como un principio de carácter público, que no puede sujetarse a disposición alguna; por consiguiente, pasa a ser imprescriptible, indisponible y de aplicación universal.

Finalmente, con la Ley N° 30466⁷², se buscó estandarizar, uniformizar y fijar límites a las aplicaciones arbitrarias, basadas en consideraciones subjetivas y discrecionales, del interés superior del niño (Chávez, 2017, p. 118).

Así, se ha señalado, en su artículo 1, que su objeto es establecer parámetros y garantías procesales para la consideración del interés privilegiado del niño en todo proceso o procedimiento en el que estén inmersos de manera directa o indirecta los derechos fundamentales de los menores de edad.

Asimismo, se ha establecido, en su artículo 2, una definición legal sobre el referido interés, recogiendo la triple dimensión brindada por la Observación General N° 14 del Comité de los Derecho del Niño; de esta forma, se le ha considerado como un derecho, un principio y una norma de procedimiento o procedimental.

Posteriormente, en su artículo 3 prescribe los parámetros para su aplicación, recogiendo literalmente los desarrollados en el párrafo 6 de la mencionada Observación, los cuales ya han sido explicados en el subtema 5.5. de este Subcapítulo.

Finalmente, como garantías procesales ha señalado: el derecho de los menores de edad a expresar su propia opinión; a la intervención de profesionales capacitados para delimitar qué es lo que garantiza el interés superior del niño; la celeridad de los procesos, teniendo en cuenta que el tiempo afecta la evolución integral de los infantes; la participación de expertos cualificados en los conflictos sobre los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes; la representación letrada del niño con la autorización respectiva de sus padres, según corresponda; la debida motivación de las decisiones de toda índole en consideración del interés; el establecimiento de mecanismos para examinar o revisar las medidas concernientes a los niños, y la proyección a futuro para poder evaluar el impacto de la decisión. Por consiguiente, realiza una transcripción

⁷² Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de junio del 2016.

prácticamente literal de los párrafos 89, 92, 93, 94, 96, 97 y 98 de la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño.

5.7. Desarrollo jurisprudencial

5.7.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la Opinión Consultiva OC-17/02⁷³ (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño) se señaló que el interés superior del niño constituye un principio que inspira, como pauta reguladora, la normativa sobre los derechos de los menores de edad, fundándose en la dignidad humana de estos, así como en sus necesidades y características innatas a su propia condición de sujetos de derecho.

Por ello, pasa a ser entendido como el requerimiento de satisfacción de todos los derechos de los infantes, que vincula al Estado y proyecta sus efectos en la labor hermenéutica del resto de derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, 2010; Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, 2009; Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, 2005); de tal forma que pasar a ser un objetivo principal y un fin legítimo e imperioso por sí mismo (Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, 2012).

Adicionalmente, se configura como un derecho fundamental que requiere ser protegido, llegando incluso a sustentar el carácter célere de las diligencias en las que se tramitan casos vinculados a la situación jurídica de ventaja de todo niño, niña y adolescente, particularmente aquellos conexos a su adopción, tenencia y guarda (Asunto L.M. respecto Paraguay, 2011).

Con relación a su aplicabilidad, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (2012), explicó que si bien el referido interés se configura como un fin legítimo *in abstracto*, esto no significa que pueda emplearse sin que exista respaldo

⁷³ Resolución del 28 de agosto del 2002.

probatorio, pues de ser así las decisiones sobre los derechos fundamentales de los menores de edad se sujetarían a las orientaciones arbitrarias, estereotipadas y plenamente subjetivas de los operadores jurídicos.

En consecuencia, los sujetos privados y los jueces, fiscales y demás servidores y funcionarios públicos deben de dejar de lado su visión paternalista y asistencialista de la infancia, pues solo así podrán tratar verdaderamente a los menores de edad como sujetos de plenos derechos (Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, 1999); por lo que deben de tener en cuenta el desarrollo progresivo de su personalidad, con el fin de proteger, garantizar y resguardar su proyecto de vida (Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, 2004).

5.7.2. Tribunal Constitucional

Para el Tribunal Constitucional del Perú, el interés superior del niño constituye un principio, cuyo contenido constitucional implícito se encuentra regulado en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 (Caso Lady Rodríguez Panduro, 2002).

En este sentido, el máximo intérprete de la Carta Magna lo define como un principio que “debe ser concebido como vértice de interpretación” (L.J.T.A. e I.M.T.A., 2010), que permite conceder fuerza normativa superior a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, por lo que no puede ser inobservado por el Estado, la sociedad ni la familia del niño cuyos derechos se encuentran en litigio (Caso Rosa Felícita Elizabeth Martínez García, 2011).

Así, requiere ser analizado en cada caso en concreto, de acuerdo con las características que identifican a cada uno de los derechos que se encuentra en discusión en un determinado conflicto jurídico o incertidumbre jurídica (Caso Blanca Lucy Borja Espinoza, 2005).

Por ello, los órganos jurisdiccionales deben de prestarle una especial atención, en la medida que un menor de edad no se constituye como

parte procesal, sino que su participación posee características propias y diferenciadas, debido a que más allá del resultado del litigio, debe procurarse una prioritaria relevancia a sus derechos procesales y sustantivos, pues su interés superior tiene primacía en la actuación del Estado (Caso José Luis Ñiquin Huatay, 2008).

Por consiguiente, este principio comprende, entre otras cosas, “una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable” (Caso Silvia Patricia López Falcón, 2014).

5.7.3. Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de justicia ha señalado que el interés superior del niño es una categoría jurídica-social que debe ser aplicada de manera absoluta en todo lo que relacione, directa o indirectamente, a los niños, niñas y adolescentes; así, su campo de acción son el desarrollo, la supervivencia, la protección y la participación de la infancia.

En cambio, en la Casación N° 1961-2012-Lima, es entendido como un principio que garantiza la plena satisfacción de los derechos humanos del niño, y, como estándar jurídico, supone otorgar prioridad a estos derechos sobre cualquiera decisión que los afecte; en consecuencia, podrán disponer de servicios y oportunidades para que pueda lograr un desarrollo general normal y saludable, en condiciones de libertad y salvaguardando su dignidad humana (s.d., 2013).

Por consiguiente, como se señala en la Casación N° 563-2011-Lima, debe ser entendido como la satisfacción plena de sus derechos, de tal forma que estos deben ser interpretados de manera sistemática, pues en conjunto tutelan a la infancia y permiten resolver conflictos de derechos a través de la ponderación y proporcionalidad (s.d., 2011).

Por ello, en la Casación N° 1925-2014 (citado por Hawie, 2017, p. 48) se señaló que es un argumento jurídico-político para superar situaciones de riesgo y desarrollo integral de la infancia, por lo que se refiere a un

compromiso del Estado para proteger a todo niño, a fin de que pueda crecer y desarrollar sus capacidades y potencialidades hasta alcanzar la mayoría de edad.

Por último, en la Casación N° 2702-2015-Lima, la Corte Suprema de Justicia del Perú refirió que el interés superior del niño, al ser un concepto jurídicamente indeterminado, debe ser aplicado tomando en cuenta cada caso en concreto, por lo que resulta imposible fijar un concepto inequívoco o reglas universales sobre él. Por consiguiente, el juzgador deberá de valerse del apoyo que le brinde el equipo multidisciplinario a fin de determinar qué es lo que más beneficiará a un menor de edad atendiendo a sus circunstancias personales (Variación de tenencia, 2016).

SUBCAPÍTULO VI
LA VARIACIÓN DE LA TENENCIA, JUSTIFICADA EN LA
EXISTENCIA DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL, Y LA
GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

6.1. El interés superior del niño, el fin de la convivencia de los progenitores y los procesos de tenencia

Partiendo que todo niño, niña y adolescente necesita de su familia para lograr un adecuado desarrollo; cualquier decisión que implique separarlos de ella deberá estar sustentada en su interés superior.

En efecto, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-21/14⁷⁴, si bien lo ideal es que los menores de edad permanezcan en su núcleo familiar, lo real es que en muchas ocasiones ello será imposible o perjudicial, pues sus integrantes no siempre mantendrán adecuadas relaciones interpersonales destinadas a crear un ambiente de afecto, tranquilidad y armonía.

En esta orientación, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 9, regula que la separación es una medida excepcional que se encontrará plenamente sustentada cuando los progenitores ya no vivan juntos o el menor de edad sea objeto de maltrato o descuido.

Así, los Estados serán responsables de garantizar que las familias puedan desempeñar sus funciones y de intervenir en aquellos casos en los que exista la necesidad de distanciar al niño, niña o adolescente de su entorno familiar –solo cuando se trate de una causa justa– (Méndez, 2005, p. 76).

Por consiguiente, el rol del juez, en este escenario, será buscar el balance que beneficie a todos los involucrados, pero especialmente a los menores de edad (Fernández, 2013, p. 237); por lo que su análisis debe partir desde una premisa que entienda que los derechos y roles de los progenitores no son absolutos ni meramente poderes-deberes, sino que

⁷⁴ Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014.

se encuentran limitados por los derechos fundamentales de sus hijos; es decir, por su interés superior (Cillero, 2007, p. 140).

De esta manera, en los litigios que tengan como causa el fin de la convivencia de los progenitores, como el de tenencia, el interés superior del niño funcionará como una norma de procedimiento o procedimental, pues el juez tendrá que intentar prever los efectos que puedan derivarse de su decisión; asimismo, deberá ser entendido como un derecho subjetivo o sustantivo, ya que se privilegiarán los derechos fundamentales de los menores de edad sobre los que detentan sus padres (López, 2015, p. 55). Y, como principio, pasará a ser una pauta interpretativa, integradora, de flexibilización y aplicación, la cual permitirá que el conflicto analizado sea solucionado garantizando los derechos e intereses superiores de los infantes que se encuentra en medio del litigio.

Finalmente, por el referido interés, en los procesos de tenencia se requerirá que el juzgador efectúe un análisis minucioso de la capacidad de los progenitores, una valoración de los deseos e insuficiencias emocionales y de afecto del menor de edad y una evaluación de la posibilidad de cada padre de satisfacer las necesidades de su hijo, pues solo así se podrá decidir con quién convivirá el niño, niña o adolescente (Arce, Fariña y Seijo, 2005, p. 58).

6.2. Razones que justifican la utilización del SAP como causal para variar la tenencia

6.2.1. El SAP es una forma de violencia familiar

La conducta del progenitor alienador genera un daño en sus hijos, pues desencadena sobre ellos una serie de trastornos psicológicos y emocionales, convirtiendo el conflicto de la expareja en uno parental (Belluscio, 2012, p. 153).

Así, en este escenario, los hijos pasan a ser partícipes de la contienda de sus padres, pues se convierten en un objeto de hostigamiento, presión, retención o amenazas (Grosman, 2006, p. 180).

De este modo, el síndrome de alienación parental genera sobre los menores de edad alienados una serie de consecuencias negativas como “(...) ansiedad, crisis de angustia y miedo a la separación; (...) alteraciones a nivel fisiológico en los patrones de alimentación⁷⁵ y sueño⁷⁶, conductas regresivas⁷⁷, y de control de esfínteres” (Segura, Gil y Sepúlveda, 2006, p. 124). Asimismo, en lo concerniente a las relaciones sociales, causa problemas de comunicación y depresión que pueden acarrear alguna adicción o comportamientos asociales (Pérez, 2013, p. 9), las cuales pueden desencadenar “trastornos de identidad y de imagen, desesperación, sentimientos de culpabilidad [y] de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica y a veces el suicidio” (Tejedor, 2008, p. 73). En consecuencia, en el niño, niña o adolescente alienado se presenta un menoscabo biológico, síquico, emocional, afectivo y social que perturba su personalidad (Bautista, 2007, p. 67).

Por ello, es considerada como una de las manifestaciones de la violencia familiar—específica la psicológica [la cual es entendida esta como una sucesión de conductas activas o pasivas que producen sufrimiento en la personalidad de la víctima y que generan otras consecuencias más graves que se irán presentando paulatinamente y de manera latente (Hawie, 2017, p. 63)]—, pues trastoca los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente alienado a opinar, a vivir con su familia, de relación y a la integridad psicológica.

Asimismo, es una forma de maltrato infantil⁷⁸, debido a que, destruyendo la inocencia de los menores de edad, logra obstruir el vínculo afectivo que mantenía el hijo alienado y su progenitor rechazado, siendo la participación activa del padre alienador un factor determinante para

⁷⁵ Se consumen alimentos de manera compulsiva o se deja de hacerlo.

⁷⁶ Pesadillas, problemas para poder dormir o seguir durmiendo.

⁷⁷ Entre ellas encontramos: conductas agresivas (en el nivel severo especialmente se evidencian problemas referidos al control de impulsos. La agresión que pueden causar puede darse en un plano físico o psicológico) y conductas de evitación (no desean ver al progenitor alienado).

⁷⁸ Entendida como una acción u omisión producida con la intención del agente, quien puede ser un sujeto (progenitor) o un grupo de ellos (familia), que perjudica la estabilidad física o mental de un menor de edad. Así, como maltrato infantil pueden encuadrarse conductas como agresiones físicas, abusos sexuales, explotación, perturbaciones psicológicas, entre otras.

lograrlo (Plácido, 2011, p. 97; Varsi, 2012, p. 389; Rodríguez, 2011, p. 67).

En consecuencia, pasar a ser un proceso agónico, debido a que genera un conflicto entre los progenitores, y anfibológico, ya que termina perjudicando la relación parental entre los alienados (Fernández, 2017, p. 51).

6.2.2. El SAP vulnera el derecho de relación

El derecho de relación⁷⁹ es uno de carácter bifronte que faculta, recíprocamente, al progenitor⁸⁰ no conviviente y a su hijo a mantener contacto y comunicación permanente a pesar de no vivir juntos de manera cotidiana (Varsi, 2012, p. 311; Villar, 2003, p. 172); por ello, su función es conservar, regenerar y proteger el vínculo parental y la solidaridad, afecto e integración familiar (Villar, 2003, p. 174; Varsi, 2012, p. 313; Gallegos y Jara, 2014, p. 440).

De este modo, permite lograr la “adecuación del ejercicio de la parentalidad después de la ruptura” de la convivencia (Díaz, 2015, p. 121); asimismo, busca que las razones que sustentaron el fin de la relación de los padres no “incidan negativamente en la relación de estos con los hijos” (Ferro, 2015, p. 417).

En el ordenamiento jurídico peruano, el referido derecho se materializa a través del denominado régimen de visitas, en el cual se fija el modo, tiempo y lugar en el que se logrará la interacción afectiva parental (Aguilar, 2013, p. 344).

En ese sentido, el primero en garantizar este derecho natural⁸¹, inalienable e irrenunciable es el progenitor titular de la tenencia, pues, en aplicación del párrafo 3 del artículo 9 de la Convención sobre los

⁷⁹ Denominado también como derecho a mantener las relaciones personales, derecho de comunicación, derecho a relacionarse o derecho a la adecuada comunicación.

⁸⁰ No obstante, según el artículo 90 del Código de los Niños y Adolescentes, este derecho también lo pueden ejercer los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como aquellos que no tengan ningún lazo consanguíneo o de afinidad, pero sí afectivo, siempre que el interés superior del niño lo justifique. A pesar de ello, en este trabajo de investigación solo se ha analizado desde la titularidad que ejercen los progenitores.

⁸¹ Inherente al ser humano, basado en un lazo formado por un vínculo afectivo que vincula a progenitores e hijos.

Derechos del Niño y el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescente, está obligado a no impedir ni dificultar el régimen de visitas del otro padre.

Así, cuando se presenta el síndrome de alienación parental, el progenitor alienador, al darse el impedimento de contacto y la inculcación maliciosa, vulnerará el derecho de su hijo y del padre rechazado a relacionarse, pues el contacto personal entre ellos no podrá darse y el vínculo afectivo que mantenían llega a deteriorarse a tal punto que se convierte en uno en el que impera el odio y el rechazo por parte del menor de edad alienado.

6.2.3. El SAP vulnera el derecho de opinión

El derecho de opinión faculta al niño, niña y adolescente a manifestar sus deseos, emociones y juicios libremente y que estos sean tomados en cuenta en cualquier proceso o procedimiento en los que se decida, directa o indirectamente, sobre sus derechos.

Por ello, guarda una estrecha relación con el derecho subjetivo del interés superior del niño, ya que este no podrá ser ejercido correctamente si es que no se respeta la opinión de los infantes; asimismo, el referido interés reafirma y otorga mayor peso a la funcionalidad del derecho de opinión al proporcionar el rol determinante de los menores de edad en las decisiones que afecten su vida (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012)

Debe ser ejercido sin presiones ni hostigamientos; de lo contrario, terminará relativizándose y alejándose, muchas veces, de la decisión que verdaderamente garantizará la vigencia de los derechos fundamentales que estén en juego.

Así, el síndrome de alienación parental vulnerará el derecho de opinión de los niños, niñas y adolescentes alienados, pues sus deseos, emociones y juicios no se formarán libremente, sino bajo la influencia del padre alienador; es decir, sometidas a la programación parental.

En consecuencia, lo que el hijo alienado exprese con relación al progenitor rechazado no se ajustará a la verdad, por lo que el juez debe de realizar una valoración negativa de ello, sustentada en una adecuada y suficiente motivación (Plácido, 2011, p. 99).

6.2.4. El SAP vulnera el derecho a la integridad psicológica

El derecho fundamental a la integridad psicológica⁸² es un derecho que se expresa en la preservación de habilidades intelectuales, emocionales y de control corporal (Rubio, 2016, p. 22). En consecuencia, asegura la dimensión psíquica de un ser humano, por lo que implica el mantenimiento de su forma de ser, personalidad, carácter y temperamento ante las relaciones sociales y consigo mismo (García Toma citado por Hawie, 2017, p. 22).

Además, forma parte del derecho a la integridad personal, el cual viene a “reconocer la indemnidad e intangibilidad de todas las dimensiones del ser humano” (Caso Teofanes Ronquillo Cornejo, 2007).

Por otro lado, también guarda conexión con el interés superior del niño, pues este lo potencia, logrando que todo niño, niña y adolescente desarrolle su personalidad en un ambiente de afecto, comprensión y tranquilidad (López Contreras citado por Hawie, 2017, p. 47).

Ahora bien, como ya se ha señalado, al ser el síndrome de alienación parental una forma de violencia familiar y de maltrato infantil, la conducta del progenitor alienador vulnera el derecho a la integridad psicológica de su hijo alienado, pues ocasiona en él una perturbación psíquica –que si no se trata a tiempo puede pasar a ser un daño irreversible– que lo afectará de por vida (González, 2011, p. 30).

A la misma conclusión ha arribado el Tribunal Constitucional del Perú en la STC N° 02079-2009-PHC/TC, en donde ha señalado que la integridad

⁸² Posee respaldo en el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Con relación al primero, se encuentra recogido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993; mientras que, en el entorno supranacional está regulado por el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el principio 24 parte 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el preámbulo y artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del niño.

psicológica se vulnera cuando existe un impedimento de contacto –es uno de los rasgos característicos del síndrome de alienación parental– que imposibilita que el progenitor que no ejerce la tenencia pueda relacionarse habitualmente con sus hijas, lo cual produce en ellas un desmedro en sus sentimientos, seguridad personal y estabilidad emocional (L.J.T.A. e I.M.T.A., 2010).

6.2.5. El SAP vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella

La familia es la unidad básica y espacio fundamental de socialización, protección, seguridad e intimidad en el plano afectivo emocional.

Muchas son las funciones que este núcleo social lleva a cabo, por ejemplo el cuidado, protección, alimentación, socialización y formación de individuos que se integran paulatinamente a la sociedad.

De este modo, el solo hecho de pertenecer a una familia permite que todos sus integrantes, en especial los menores de edad, puedan desarrollarse plenamente (Rodríguez, 2011, p. 60).

Así, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella⁸³ puede definirse como un derecho fundamental implícito que encuentra su sustento en el principio-derecho de la dignidad humana y en los derechos a la vida, identidad, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad y al bienestar regulados en los artículos 1 y 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú (Caso J.A.R.R.A. Y V.R.R.A., 2009).

Ahora bien, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, el derecho bajo análisis se constituye como un resguardo para su seguridad afectiva y social, pues se sienten parte de una familia, apoyados, amados, acompañados y comprendidos por personas que marcan su bienestar personal (Pradilla, 2011, p. 331).

⁸³ Regulado en el ámbito internacional en los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Mientras que, en el ámbito nacional, se encuentra prescrito en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes.

De ahí que la relación de convivencia entre progenitores e hijos sea una de las manifestaciones del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, el cual debe ser garantizado a pesar que los padres estén separados (Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia, 2012).

En este sentido, el síndrome de alienación parental vulnera el referido derecho, pues el padre alienador impide o dificulta que su hijo alienado siga manteniendo contacto con su progenitor rechazado y con la familia extensa de este, de tal forma que no permite que seres importantes para él formen parte de su proyecto de vida (Caso J.A.R.R.A. Y V.R.R.A., 2009; L.F.H., 2010).

6.2.6. El SAP vulnera el derecho a ser cuidado por los padres

El derecho fundamental de todo menor de edad a ser cuidado por sus padres⁸⁴ consiste en la posibilidad real que tienen estos sujetos de derecho a vincularse con cualquiera de sus progenitores en caso de existir un conflicto entre ellos.

Así, entendiendo que las relaciones familiares son dinámicas y se interrelacionan, es común que la disolución del vínculo conyugal o convivencial se convierta en un divorcio parental (Rodríguez, 2011, p. 62).

En este sentido, el rol activo del progenitor alienador vulnerará el derecho de su hijo alienado a ser cuidado por su padre no conviviente, pues la relación parental-afectiva entre estos, la mayoría de las veces y atendiendo al nivel de intensidad de la alienación, será imposible.

De este modo, el niño, niña o adolescente no podrá crecer con sus dos padres, a pesar que estos estén separados, lo que significa que no se le brindarán las mejores garantías materiales y espirituales para su desarrollo y bienestar general.

⁸⁴ Reconocido en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

6.2.7. El SAP vulnera el derecho del interés superior del niño

El interés superior del niño, además de principio y normal de procedimiento, es un derecho subjetivo por el cual toda decisión que se adopte sobre los menores de edad debe de tener en cuenta su privilegiado interés y, por ende, evitar cualquier lesión a sus derechos fundamentales.

Así, necesita recibir una tutela integral por parte del Estado, la sociedad, la familia y, especialmente, los progenitores.

Estos últimos son los que se encuentran más obligados a garantizar la vigencia plena del referido derecho, pues son los que están sujetos a un régimen bidireccional sustentado en el vínculo filial. En este sentido, los derechos que les corresponden como padres tienen como correlato un cúmulo de deberes.

De esta forma, partiendo que en el síndrome de alienación parental se presentan un sinnúmero de conductas dirigidas a inculcar maliciosamente a los hijos y obstruir todo contacto con el padre que no ejerce la tenencia, el comportamiento desplegado por el progenitor alienador vulnera este derecho, debido a que prefiere satisfacer sus intereses egoístas a pesar que ello implique lesionar los derechos fundamentales de su hijo de relación, opinión, integridad psicológica, a tener un familiar y no ser separado de ella y a ser cuidado por los padres.

6.3. El síndrome de alienación parental como causal para variar la tenencia

6.3.1. En la jurisprudencia

6.3.1.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que el síndrome de alienación parental vulnera el derecho humano del progenitor alienado al respeto de su vida familiar (Caso Mincheva Vs. Bulgaria, 2010).

En tal sentido, como sostuvo en el Caso Sommerfeld Vs. Alemania (2003), los jueces están obligados a averiguar si los padres alienan a

sus hijos, a fin de prever las consecuencias de dicho accionar y proteger al menor de edad alienado. De tal manera que todos los Estados responderán por su falta de diligencia al no hacer efectivo el derecho de relación de los niños, niñas y adolescentes y sus progenitores no convivientes (Caso *Affaire Dabrowska Vs. Polonia*, 2010).

Con la misma orientación, en el Caso *Elsholtz Vs. Alemania* (2000), el citado Tribunal estableció que si en un caso existe un rechazo del infante hacia el progenitor que no ejerce su tenencia, es necesario que los jueces ordenen que se practique un análisis sustentado en el síndrome de alienación parental, pues este podría probar la influencia negativa que causa el padre tenedor.

Por consiguiente, una vez practicados los análisis respectivos, si se evidencia que el niño, niña o adolescente es víctima de alienación parental y el causante de ello es el progenitor que convive con él, la solución ante tal medida será la variación de la tenencia.

6.3.1.2. Estados Unidos

En el país de Estados Unidos, cuna de la teoría del síndrome de alienación parental, se ha desarrollado jurisprudencialmente la manera en la que debe ser entendida la patología psicológica analizada, centrándose su atención en su relevancia científica y en la posibilidad de poder ser empleada por los jueces.

Así, en el Caso *Kilgore Vs. Boyd* (2000) se resolvió que la referida teoría constituye una entidad válida en aplicación de la Prueba *Frye*⁸⁵; es decir, con relevancia científica para poder ser utilizada por un tribunal. De este modo, atendiendo a la estructura del referido test, el síndrome

⁸⁵ La Prueba o Test *Frye* constituye un estándar para medir la validez científica de algún conocimiento derivado de la ciencia; así, en Estados Unidos se señaló que solo podrían admitirse pruebas periciales si es que aprobaban previamente dicho test.

de alienación parental tiene aceptación general en la comunidad científica⁸⁶ y está sujeta a falsación⁸⁷⁸⁸.

Asimismo, en el Caso Bates Vs. Bates (2002) se concluyó que, dentro del campo de la psicología, el síndrome de alienación parental está lo suficientemente establecido y ha ganado aceptación general, por lo que puede ser utilizado como una teoría válida para sustentar resoluciones judiciales.

Por consiguiente, el juez podrá sustentarse en ella para disponer la variación de la tenencia a favor del progenitor rechazado.

6.3.1.3. España

Los tribunales españoles también se han pronunciado sobre el síndrome de alienación parental.

Al respecto, la Sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona (s.d., 2007) ha señalado que el referido trastorno psicológico vulnera el derecho fundamental de todo menor de edad a mantener relaciones de afecto con su progenitor no conviviente; en consecuencia, es un deber de los tribunales el apartar al padre alienador a fin de facilitar la recuperación de la salud mental del hijo alienado.

Así, los jueces deberán de valorar la conducta obstruccionista del progenitor que ejerce la guarda y la custodia, la cual se podrá evidenciar cuando no facilita la comunicación pacífica que debe existir entre el hijo y el progenitor no custodio (s.d., 2007).

En otro caso, contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia N° 367/2006, se argumentó que el síndrome de alienación parental podía causar que el rechazo del alienado no se limite al progenitor no conviviente, sino también a su familia extensa. Precisamente, en este litigio se comprobó que la madre alienadora

⁸⁶ Ya sea aportando nuevas perspectivas, utilizando los mismos mecanismos y obteniendo similares resultados, complementario la teoría o precisándola.

⁸⁷ Se emplea el método de Popper. Este supone que si una teoría puede resistir las diversas críticas elaboradas para acreditar su falsedad, entonces los argumentos que estructuran la teoría serán válidos.

⁸⁸ Sometida a estudios empíricos, sometido a grandes grupos de personas naturales, con las mismas medidas desarrolladas por las teorías, a fin de que se pueda realizar un apropiado testeo de hipótesis previas; así, una teoría debe estar sujeta a comprobación, a fin de determinar si es científicamente abordable y el conocimiento que la estructura posea una credibilidad y certeza suficiente.

causó que su hijo no desee ver a su papá ni a sus abuelos paternos (s.d., 2006).

Finalmente, en la primera instancia del juzgado de Manresa se estableció que, ante la presencia del analizado trastorno psicológico, el juez debe variar la guarda y custodia a favor del progenitor alienado, suspendiendo las visitas y todo contacto con el alienador por un lapso de tiempo; así, luego de concluido dicho periodo, se deberá ordenar que gradualmente se recupere el contacto entre el padre alienador y su hijo, siempre y cuando previamente exista un informe emitido por un profesional calificado que determine que ello no afectará negativamente su interés superior (citado por Alascio, 2007, pp. 3-4).

En este sentido, se ordenó que la niña pasase a vivir un mes con los abuelos paternos, a fin de que el padre pueda visitarle allí; por lo que, luego de transcurrido el periodo de tiempo, previo informe psicológico favorable, la niña pasaría a residir en el hogar paterno (citado por Alascio, 2007, pp. 4-5).

No obstante, al ser apelada esta decisión, en la Audiencia Provincial de Barcelona se confirmó el extremo de la guarda y custodia pero se revocó lo concerniente a la suspensión del contacto entre la menor de edad y su madre, ya que, para ese entonces, se habían recuperado las relaciones de la hija con su papá (citado por García, 2009, p. 236).

6.3.1.4. Perú

El tratamiento del síndrome de alienación parental en la jurisprudencia peruana es relativamente reciente. Hasta el año 2017 la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú solamente se pronunció, en resoluciones que resolvieron el fondo de la controversia, en dos ocasiones sobre esta patología psicológica.

Así, en la Casación N° 2067-2010-Lima (2011) los magistrados supremos resolvieron un caso en donde el progenitor alienador fue un padre, quien inculcó maliciosamente a sus hijos a fin de que enfrenten e inicien una campaña de denigración en perjuicio de su madre.

En este sentido, se entendió al síndrome de alienación parental como un conjunto de barreras que obstruyen la relación de cercanía que debe existir entre un hijo y su progenitor no custodio; asimismo, fue definido como la manipulación y programación que sufre un menor de edad por el padre que ejerce su tenencia con la finalidad de lograr que odie al otro progenitor.

Asimismo, se argumentó que el derecho de opinión de los niños, niñas y adolescentes alienados se relativiza frente a su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores. De este modo, se fundamentó que en estos casos los menores de edad alienados no exteriorizan su verdadero sentir, sino que se encuentran sometidos a lo que les ha hecho creer su progenitor alienador.

Finalmente, se valoró que el régimen de visitas otorgado a la madre no era suficiente para que pueda reconstruir la relación afectiva que mantenía con sus hijas, debido a que su expareja y su familia extensa seguían realizando conductas dirigidas a intensificar la alienación parental.

De este modo, se decidió variar la tenencia exclusiva de manera inmediata a favor de la mamá, pues se tuvo en cuenta que el síndrome de alienación parental que padecían sus hijas se configuraba como una forma de maltrato infantil y que tal decisión garantizaría en mejor medida el interés superior de ellas.

En el mismo año también se emitió la Casación N° 5138-2010-Lima, (Tenencia y custodia, 2011), en donde la Corte Suprema resolvió un caso en donde ambos progenitores demandaron la tenencia de sus dos hijas.

En esta oportunidad fue la mamá quien alienó a su mayor hija, logrando que esta rechace cualquier tipo de visita del padre y tenga una imagen distorsionada de él.

Precisamente, los jueces valoraron que reiteradamente la progenitora no cumplió la orden de entregar la tenencia de las menores de edad a

su padre en el plazo de veinticuatro horas; asimismo, se tomó en cuenta el informe psicológico de la hija mayor, en donde se describía que, por la influencia negativa de la madre, ella padecía del síndrome de alienación parental.

Por consiguiente, no se casó la decisión de segunda instancia que confirmó la sentencia del *a quo* en el sentido de otorgar la tenencia de las menores de edad a su padre.

En un tercer caso –Casación N° 370-2013-Ica (Tenencia y custodia de menor, 2013)–, los jueces supremos, en un auto que calificó un recurso de casación, también se pronunciaron sobre la alienación parental, refiriendo que cuando se encontrase debidamente acreditado la existencia de la analizada patología, no podía argüirse que el otorgamiento de la tenencia a favor de la madre alienada atentaría contra el interés superior del hijo alienado ni a su derecho a vivir en un ambiente de afecto, seguridad emocional, moral y material.

La relevancia del síndrome de alienación parental también ha generado que algunas Salas Superiores hayan tenido la oportunidad de referirse a su tratamiento, características y su relación con la tenencia.

En efecto, en el expediente N° 00979-2012-0-1308-JR-FC-01 la Sala Superior Mixta de Huarua (Tenencia, 2014) concluyó que la conducta del padre y los abuelos paternos de la menor de edad destinados a sustituir a su figura materna eran elementos que configurarían un síndrome de alienación parental.

A mayor detalle, al analizar la pericia psicológica practicada a la niña, los fundamentos de la demanda y el informe de la asistente social, los jueces superiores advirtieron que la familia paterna buscaba que la menor de edad, cuya tenencia se encontraba en litigio, dejase de tener una relación afectiva con su madre biológica, por lo que le hicieron creer que la nueva pareja de su papá era su verdadera mamá.

Por consiguiente, en aplicación de los artículos 81 y 84 literal c) del Código de los Niños y Adolescentes y del interés superior del niño, los

magistrados decidieron otorgar la tenencia y custodia de la menor de edad a su madre, fijando un régimen de visitas con extracción del hogar materno a favor del padre. Asimismo, se ordenó que la niña y sus progenitores se sometiesen a una terapia psicológica.

Finalmente, en el expediente N° 0075-2012-0-1401-JR-FC-01, la Segunda Sala Superior Civil de Ica (Tenencia, 2015) resolvió un caso en donde un menor de edad se encontraba alienado, pues manifestaba un rechazo infundado hacia su madre gracias a la influencia negativa de su padre y la familia extensa de él.

En este sentido, se tuvo en cuenta que al ser el síndrome de alienación una forma de maltrato infantil, el niño alienado no debía de seguir conviviendo con su padre alienador, pues este seguirá programándolo.

Así, a fin de superar la mencionada patología psicológica, los jueces superiores ordenaron que el menor de edad alienado y sus padres se sometan a terapias psicológicas familiares y que reciban charlas del psicólogo y del asistente social que conforman el Equipo Multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Ica por el tiempo que los especialistas consideren necesario.

Asimismo, se varió la tenencia exclusiva del niño alienado a favor de su madre rechazada y se remitieron copias de lo actuado al Ministerio Público a fin de que procedan según sus atribuciones.

6.3.2. En la legislación

6.3.2.1. Brasil

El Estado brasileño en el año 2010 promulgó la Ley N° 12.318/2010, la cual, de manera específica, regula lo referente al síndrome de alienación parental.

De este modo, como refieren Ilana Fermann, Laura Foschiera, Daniela Chambart, Pires Bordini, Thays Carolyn y Luísa Habigzang (2017, p. 37), la comentada ley ha establecido que los criterios que debe seguir el juez para determinar el síndrome de alienación son los siguientes: realizar un campaña de denigración en contra del padre que no ejerce

la paternidad o maternidad, dificultar el ejercicio de la autoridad parental, obstaculizar el contacto directo reglamentado de convivencia familiar, omitir conscientemente al progenitor no conviviente la información personal relevante para crianza del hijo, interponer falsas denuncias contra el padre no custodio o contra los familiares de este y mudarse de domicilio a un lugar inasequible o distante sin justificación alguna.

Por otro lado, en su artículo seis establece las medidas que se pueden adoptar cuando el menor de edad se encuentra alienado.

Así, como señalan Martins de Sousa y Torraca de Brito (2011, pp. 275-276), una vez identificada la patología psicológica –con la elaboración de un informe pericial que ha evaluado la personalidad y los antecedentes en la forma en las que se ha llevado las relaciones de la expareja y su hijo–, el juez podrá adoptar diferentes medidas para que sean impuestas al progenitor alienador, las cuales, en caso sean incumplidas, acarrearán responsabilidad civil y penal. Dentro de estas medidas destacan la imposición de multas, la variación de la guarda, la posibilidad de fijar la guarda compartida o la suspensión de la autoridad parental⁸⁹.

6.3.2.2. Argentina

En el año de 1993, el país de Argentina promulgó la Ley Penal N° 24.270, la cual consagra el derecho de los menores de edad a mantener contacto con ambos padres, por lo que sanciona penalmente al progenitor o terceros que impiden u obstaculizan la relación parental forjada entre el papá o mamá no conviviente y su hijo.

Así, se ha manifestado en la doctrina que el bien jurídico tutelado por la referida ley es el vínculo psicológico-parental que se forja en la relación paterno y materno filial (Villar, 2003, p. 9).

⁸⁹ En el ordenamiento jurídico peruano la figura de la guarda se equipara a la de la tenencia; y, el de la autoridad parental, al de la patria potestad.

De esta manera, se busca resaltar la importancia que tiene la sana convivencia con ambos padres, pues ello coadyuvará al desarrollo personal, social y afectivo de los infantes (Villar, 2003, p. 25).

No obstante, la puesta en vigencia de la ley trajo consigo otros problemas, como las interposiciones de denuncias falsas u erróneas y uso de los menores de edad en los conflictos de pareja.

Por ello, en contraste a esta posición punitiva, se ha preferido solucionar el asunto del impedimento de contacto, y por ende del síndrome de alienación parental, a través de medidas de carácter civil relacionadas directamente con la custodia y la responsabilidad parental.

6.3.2.3. México

Entre los países latinoamericanos, México es el que más ha regulado al síndrome de alienación parental. Precisamente, al ser un Estado federado, muchas de sus ciudades, que son autónomas en su política legislativa, han incorporado a su ordenamiento jurídico a la referida patología psicológica con diversos efectos en torno a la relación paterno y materno filial. Así, mientras algunos Estados federados lo catalogan como una causal para suspender o perder la patria potestad, otros lo limitan al campo de la tenencia o lo trasladan al ámbito penal.

Esta regulación, hasta el mes de marzo del año dos mil dieciocho, se encuentra presente en trece Estados, entre los que destacan Baja California Sur⁹⁰, Coahuila⁹¹, Colima⁹², Durango⁹³, Jalisco⁹⁴, Michoacán⁹⁵ y Tamaulipas⁹⁶.

La mayoría de los Códigos de estos Estados establecen que el juez, ante la presencia comprobada del síndrome de alienación parental,

⁹⁰ Artículos 323 bis y 327 del Código Civil.

⁹¹ Artículos 370 y 378 del Código Civil.

⁹² Artículos 411 y 417 del Código Civil.

⁹³ Artículos 278 bis, 279, 406 bis, 429 IX, 442 VI del Código Civil.

⁹⁴ Artículo 566 III del Código Civil.

⁹⁵ Artículo 178 del Código Penal y 318 del Código Familiar.

⁹⁶ Artículo 298 ter del Código Civil.

debe ordenar que se lleve a cabo una terapia familiar entre el hijo alienado, el padre alienador y el progenitor rechazado.

Asimismo, señalan que la alienación parental es una manifestación de la violencia intrafamiliar, por lo que debe ser debidamente sancionado por el juzgador, ya sea con medidas de carácter civil (variar la tenencia o suspender o declarar la pérdida de la patria potestad) o penal (prisión efectiva).

6.3.2.4. Perú

En el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de Brasil, México y Argentina, no existe algún dispositivo normativo vigente que reconozca expresamente al síndrome de alienación parental como causal para decidir la variación de la tenencia exclusiva.

No obstante, implícitamente, y realizando una interpretación extensiva, podría argumentarse que la parte *in fine* del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes se refiere a la conducta del progenitor alienador, pues señala que se otorgará la tenencia a quien mejor garantice el derecho de todo menor de edad a mantener contacto con su otro padre.

Asimismo, con la misma orientación se ubica el artículo 91, el cual prescribe que si el tenedor obstruye o dificulta reiteradamente el derecho de relación de su hijo, el titular del régimen de visitas podrá pretender la variación de la tenencia.

Finalmente, a la misma conclusión se arribaría si se practica una interpretación sistemática de los artículos 75 literal e)⁹⁷ y 77⁹⁸ literal e) del referido cuerpo normativo, pues estos textos normativos establecen que los menores de edad víctimas de maltrato infantil no deben de convivir con su progenitor alienante.

⁹⁷ **Artículo 75.-** La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos: (...) e) Por maltratarlos física o mentalmente.

⁹⁸ **Artículo 77.-** La Patria Potestad se extingue o pierde: (...) e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del Artículo 75.

En cambio, en donde sí se hace mención expresa del síndrome de alienación parental, como causal para variar la tenencia exclusiva, es en la propuesta legislativa del congresista Salvador Heresi Chicoma del 28 de octubre del 2016. Precisamente, en el artículo 107 inciso 3 del Proyecto de Ley N° 500/2016-CR –que propone un Nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescente– se ha establecido que el progenitor no conviviente puede pretender la custodia o su variación si es que el padre que ejerce de hecho o de derecho la custodia induce al hijo en actos de alienación parental.

Sin embargo, el hecho que no exista un dispositivo legal vigente que regule al síndrome de alienación parental como causal para variar la tenencia implica desamparar a los menores de edad alienados y desconoce su interés superior.

Precisamente, si no se regula taxativamente los niveles de intensidad ni la posibilidad de ordenar el empleo de medidas psicojurídicas en beneficio de reestablecer el vínculo afectivo entre el progenitor rechazado y el menor de edad alienado, existe el peligro que el juez no aplique en un caso en concreto estos criterios.

Así, frente a un escenario judicial en el que sea manifiesto el síndrome, algunos jueces no variarían la tenencia. En cambio, otros adoptarían dicha solución pero sin analizar los efectos que ello generaría en la estabilidad psicológica del menor de edad; es decir, sin considerar el nivel de intensidad de la alienación para determinar si la variación se efectuará de manera progresiva o inmediata. Finalmente, habrían otros magistrados que variarían la tenencia pero sin ordenar que se lleven a cabo las medidas psicojurídicas para reestablecer la adecuada relación paterno o materno filial que debe existir en todo vínculo parental.

6.4. La variación de la tenencia, ante la comprobación del síndrome de alienación parental, como la mejor garantía del interés superior del niño

Cuando Richard Gardner creó la teoría del síndrome de alienación parental, consideró que la variación de la tenencia solo debía darse de manera excepcional, cuando la alienación sufrida se encontrase en un nivel de intensidad severo o moderado.

Precisamente, Claudio Belluscio (2012, p. 156) recoge dicha posición, manifestando que ante el nivel leve debe confirmarse la tenencia del progenitor alienador, en el moderado se debe fijar un régimen de visitas supervisada por un perito terapeuta (quien informará al juez sobre los posibles incumplimientos) y en el severo la única solución, si el padre alienado es el idóneo, es la variación de la tenencia.

No obstante, con los nuevos estudios empíricos sobre la materia, cada vez son más los psicólogos que consideran que la variación de la tenencia no debe ser una medida excepcional, sino la regla.

Y es que, partiendo que el síndrome de alienación parental es una forma de violencia psicológica y de maltrato infantil que vulnera los derechos fundamentales de todo niño, niña y adolescente de relación, de opinión, a la integridad psicológica, a tener una familia y no ser separado de ella, a ser cuidado por sus padres y a su interés superior, no debe permitirse que el progenitor causante de todo ello siga maximizando la afectación y dañando a su hijo, a su expareja y a la familia extensa de ella.

Esta posición la comparten diversos doctrinarios, entre los que se encuentran Enrique Varsi Rospigliosi (2012, p. 388), Benjamín Aguilar Llanos (2013, párr. 8), Delia Pedrosa y José Bouza (2008, p. 150), José Manuel Aguilar (2006, p. 179), Raúl Onostre (2009, p. 110), Alex Plácido (2011, p. 99), entre otros, quienes afirman que otorgar la tenencia al progenitor alienador es permitir y asegurar que el proceso de alienación siga incrementado. Así, a pesar que se fije un régimen de visitas

supervisado, la ineficacia del aparato estatal en compeler por su efectivo cumplimiento generará que esta medida no resulte eficaz.

En este sentido, como afirman Fermann et al (2017, p. 62), ordenar una mera terapia psicológica sin variar la tenencia es desperdiciar tiempo, esfuerzos y dinero, pues el padre alienador seguirá programando a sus hijos, logrando que la intensidad de la alienación vaya en aumento.

Así, el cambio de la titularidad de la tenencia es la solución ante la perturbación psicológica causada por el progenitor alienador (Fermann et al, 2017, p. 62). No obstante, es importante identificar el grado de afectación para determinar si la variación se efectuará de manera progresiva o inmediata.

6.5. La variación de la tenencia: ¿progresiva o inmediata?

Con la finalidad de garantizar el interés superior del niño y evitar que la decisión adoptada termine perjudicando irremediabilmente a los menores de edad involucrados, el juez deberá ordenar que la variación de la tenencia se efectúe atendiendo a los niveles de intensidad de la alienación parental (Aguilar, 2006, p. 192).

Así, antes que se adopte cualquier decisión, es necesario escuchar y oír a los infantes, disponer que se lleven a cabo las visitas sociales, recabar el testimonio de las partes (progenitores) y de los testigos (familia extensa, amigos, etc.) y, lo más trascendental, decretar que el psicólogo elabore un informe detallado en donde identifique cuáles de los ocho síntomas observables se encuentran presentes y en qué medida estos han afectado la estabilidad emocional y psicológica del menor de edad alienado (Gallejos y Jara, 2014, pp. 444-445).

De este modo, ante los niveles leves y moderados de intensidad (en los que la obstrucción del vínculo parental, la inculcación maliciosa y la campaña de denigración no se manifiestan en gran magnitud), la variación de la tenencia deberá de efectuarse de manera inmediata.

Esto se justifica en el hecho que el niño, niña o adolescente alienado podrá adaptarse rápidamente al cambio de tenencia, debido a que la perturbación causada por la conducta programadora no ha llegado a destruir por completo la relación afectiva que mantiene con el padre alienado.

Asimismo, a fin de obtener resultados positivos, es necesario impedir temporalmente las visitas del alienador hasta que haya afrontado satisfactoriamente una terapia psicológica. Luego de ello, podrá relacionarse con su hijo, debiendo el juez aumentar paulatinamente el tiempo en el que se llevarán a cabo las visitas.

En cambio, si el nivel de intensidad es severo (en donde los ocho síntomas observables se encuentran presentes y la animosidad desplegada por el alienado ha llegado a tal punto que no puede vincularse normalmente con su progenitor rechazado), la variación de la tenencia tendrá que efectuarse de manera progresiva.

Esta progresividad se justifica en el hecho que el vínculo afectivo entre los alienados se encuentra muy deteriorado, por lo que sería contraproducente para la estabilidad psicológica del menor de edad que de manera abrupta tenga que vivir con el progenitor que odia (Varsi, 2012, p. 388; Villar, 2003, pp. 189-190; Howard, 2014, p. 150) .

Así, en este escenario la progresividad adopta un novísimo significado, pues deja de ser un régimen transitorio por el cual el hijo seguirá conviviendo con su progenitor alienador hasta que teóricamente se adapte a su nuevo estilo de vida, para pasar a ser el medio por el cual se concretiza la convivencia con el progenitor rechazado a través del empleo de una casa puente entre la casa origen y la definitiva (Aguilar, 2006, p. 170).

De este modo, será necesaria la participación de un tercero neutral, quien se hará cargo de la guarda provisoria del infante, a fin de lograr un traspaso a favor del nuevo titular de la tenencia sin generar un menoscabo en la integridad psicológica del alienado (Bouza y Pedrosa, 2008, p. 72).

Estos terceros pueden ser los padres del progenitor rechazado o algún miembro de la familia extensa de este (Aguilar, 2006, p. 170). Asimismo, en el caso hipotético que estos no existan o no puedan ejercer la guarda provisoria, en la doctrina se ha señalado que dicha función también lo puede desempeñar algún amigo muy cercano de la familia rechazada o, como *última ratio*, un hogar sustituto o una institución pública o privada especializada en brindar servicios de acogimiento familiar⁹⁹ (Plácido, 2011, p. 100).

De igual modo, aquí también resulta necesario que el programador deje de tener contacto con el menor de edad alienado hasta que haya transitado por una terapia psicológica satisfactoria y que el juez fije la medida psicojurídica idónea para restaurar por completo el vínculo afectivo entre los principales actores involucrados, pues solo así se podrá intentar lograr “una situación familiar en la cual el hijo pueda relacionarse de forma normoadaptada y habitual con ambos progenitores” (Muñoz, 2010, p. 13).

⁹⁹ Esta posibilidad también se encuentra incorporada en la Opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el particular, se ha referido que se necesita del establecimiento de modalidades de colocación familiar, los cuales, en la medida de lo posible, tendrán que reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, pues solo así se evitarán los problemas vinculados con el desplazamiento de un lugar a otro.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. Metodología

3.1.1. Métodos

3.1.1.1. Métodos lógicos

3.1.1.1.1. Método analítico

Se empleó este método a lo largo de todo el marco teórico, pues se descompuso el fenómeno a estudiar en sus partes constitutivas a fin de observar las causas, efectos y comprender su esencia.

3.1.1.1.2. Método deductivo

Por este método se identifican las premisas generales para extraer las particulares; es decir, el trabajo intelectual estará centrado en llegar a una conclusión lógica directa sin ningún tipo de intermediario.

En el presente trabajo de investigación se empleó este método para extraer los elementos particulares que caracterizan a la tenencia y su variación, al interés superior del niño y al síndrome de alienación parental.

3.1.1.1.3. Método inductivo

Consiste en el análisis particular de las teorías y el examen individualizado de toda la información recabada a través de las técnicas e instrumentos respectivos, de tal forma que se obtenga una premisa general.

Se aplicó este método para llegar a conclusiones generales a partir del análisis exhaustivo de la jurisprudencia y la doctrina sobre la variación de la tenencia, justificada en la existencia del síndrome de alienación parental, y el interés superior del niño como norma procedimental, principio y derecho subjetivo.

3.1.1.1.4. Método sintético

Por el método sintético el investigador podrá condensar toda la información dispersa, formando una sola estructura.

Su utilidad para este trabajo de investigación se evidenció cuando se elaboraron los componentes de la hipótesis, las conclusiones y el apartado referido a las recomendaciones.

3.1.1.2. Métodos jurídicos

3.1.1.2.1. Método dogmático

Se centra en las explicaciones puramente jurídicas de las instituciones que se encuentran reguladas por los dispositivos legales; así, considera que detrás de la creación de ellas existen instituciones jurídicas que le han dotado de significado, por lo que vienen a ser el producto de una elaboración conceptual.

Empleando este método, se analizaron las instituciones jurídicas vinculadas a las variables de estudio. Ello ha servido para interrelacionar el impacto de la variación de la tenencia, justificada en la existencia del síndrome de alienación parental, en el interés superior del niño.

3.1.1.2.2. Método hermenéutico

Parte de la premisa de que todo texto normativo es posible de ser interpretado, en el entendido que de él se puede extraer la cantidad de normas que el intérprete considere necesarias, siempre y cuando estas guarden coherencia.

Para el presente trabajo de investigación se empleó este método para interpretar los enunciados normativos contenidos en el Código de los Niños y Adolescentes, Código Civil, la Ley N° 30466 y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.1.1.2.3. Método comparativo

Por este método se hace posible el estudio comparado de la doctrina, jurisprudencia y legislación.

En este sentido, en la presente investigación se utilizó el referido método para conocer las diversas realidades de los ordenamientos jurídicos de España, Estados Unidos y Brasil, con la finalidad de contrastar la información que se extrajo de ellas con las posturas doctrinarias, jurisprudenciales y textos normativos nacionales.

3.1.2. Técnicas e instrumentos

3.1.2.1. Técnicas

3.1.2.1.1. Análisis bibliográfico

Se empleó al momento de recabar la diferente información doctrinaria referida a las variables que conforman el problema de investigación.

3.1.2.1.2. Análisis de documentos

Se utilizó para analizar las resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la finalidad de determinar los criterios aplicados por los jueces cuando se presenta el síndrome de alienación parental.

3.1.2.1.3. Entrevistas

Se procedió a entrevistar a jueces, fiscales, docentes especializados en Derecho de Familia y psicólogos para obtener información relacionada con la forma en la que debe ser entendida la patología psicológica-jurídica estudiada, como causal para variar la tenencia, y así determinar si su empleo garantiza el interés superior del niño.

3.1.2.2. Instrumentos

3.1.2.2.1. Fichas bibliográficas

Se emplearon para mejorar el mecanismo de recolección de información, debido a que su uso permitió establecer un orden, en relación a las fuentes primarias y secundarias, del material bibliográfico.

3.1.2.2.2. Guía de análisis de documentos

Su uso permitió estudiar a detalle las ejecutorias supremas y las sentencias expedida por Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concernientes a la variación de la tenencia sustentada en la existencia del síndrome de alienación parental; asimismo, en lo referente al interés superior del niño.

3.1.2.2.3. Guía de entrevista

Se utilizó para efectuar una entrevista ordenada, coherente e idónea, a fin de obtener la mayor cantidad de información posible, a los diversos especialistas en la materia bajo estudio.

3.2. Materiales y procedimientos

3.2.1. Materiales

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó la siguiente información bibliográfica y hemerográfica:

- a) Legislación Nacional: Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes, Constitución Política del Perú y Ley N° 30466.
- b) Legislación internacional: Convención sobre los Derechos del Niño.
- c) Doctrina nacional.
- d) Doctrina comparada.
- e) Jurisprudencia nacional: Casaciones y Sentencias del Tribunal Constitucional.
- f) Jurisprudencia internacional.
- g) Revistas especializadas en Derecho.
- h) Tesis relacionadas con la materia de investigación.
- i) Información contenida en páginas web especializadas.

3.2.2. Procedimientos

- a) **Primer paso:** Se organizó el programa de las actividades que fueron necesarias para desarrollar el trabajo de investigación, especificando las horas que se dedicaron a cada una.

- b) **Segundo paso:** Se visitó a las bibliotecas especializadas en Derecho (UPAO, UNT y Unidad Académica de la Corte Superior de Justicia de La Libertad) y Psicología (UPAO y UNT) a fin de recabar la mayor cantidad de información materializada en libros, tesis y revistas sobre las variables de estudio. Una vez que se localizó la información, se procedió a su reproducción fotostática, con el propósito de haber sido utilizada como material bibliográfico para el desarrollo de la presente investigación.
- c) **Tercer paso:** Se buscó información desmaterializada y actualizada en las principales revistas digitales indexadas, páginas web especializadas y libros virtuales, a fin de obtener la mayor cantidad de información para elaborar el marco teórico de la presente investigación.
- d) **Cuarto paso:** Se organizó la información recabada; para ello se revisó, ordenó y se clasificó de acuerdo con las variables del problema de investigación.
- e) **Quinto paso:** Se estructuró el informe de investigación en títulos, capítulos y sub capítulos.
- f) **Sexto paso:** Se determinó la hipótesis, los objetivos, las variables, las justificaciones, los instrumentos y las técnicas que se han empleado en esta investigación.
- g) **Sétimo paso:** Se realizaron las entrevistas respectivas a psicólogos, docentes universitarios, jueces y fiscales especializados en Derecho de Familia.
- h) **Octavo paso:** Se elaboró el informe final, empleando la información obtenida a través de las encuestas, análisis de jurisprudencia, interpretación de las disposiciones legales y del estudio, comprensión y crítica de la doctrina nacional y comparada.

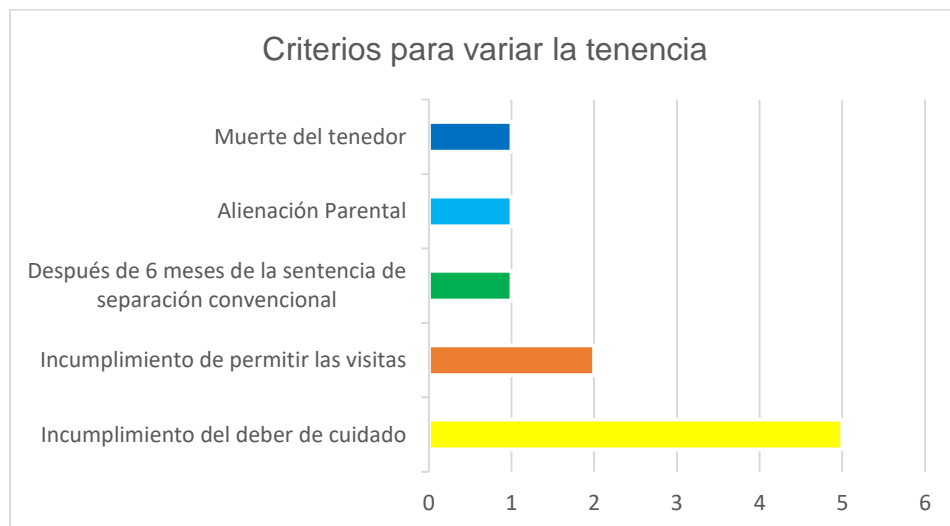
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este acápite se procedió a entrevistar a ocho profesionales cuya labor y experiencia se encuentran directamente relacionadas con las variables bajo estudio. Así, se ha entrevistado a jueces, fiscales, psicólogos y docentes especializados en Derecho de Familia.

4.1. Entrevistas practicadas a jueces, fiscales y docentes

1. ¿En cuáles casos la tenencia de un menor de edad puede ser variada de un progenitor a otro?

Gráfico N° 1



Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Gráfico N° 1

Antes de efectuar el respectivo análisis de los datos obtenidos a través de las entrevistas, es necesario explicar que en esta pregunta los especialistas podían señalar más de un criterio, por lo que en reiteradas ocasiones se ha presentado este escenario.

Ingresando al análisis respectivo, cinco entrevistados consideraron que el criterio fundamental para variar la tenencia es el incumplimiento del deber de cuidado.

En segundo lugar, dos señalaron que el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre que ejerce la tenencia es un criterio para variar la tenencia a favor del progenitor no conviviente.

Finalmente, la muerte del tenedor, la alienación parental y la variación luego de seis meses de la sentencia de separación convencional solamente fueron mencionadas, cada una, por un solo entrevistado.

Discusión del Gráfico N° 1

En el incumplimiento del deber de cuidado, tres especialistas mencionaron que en este criterio se presentan aquellas conductas que configuran una omisión o acción por las cuales se vulnera o corre peligro de lesionarse la integridad física o psicológica del menor de edad.

De este modo, para ellos la violencia familiar es la principal causa que justifica variar la tenencia a favor del progenitor que no lesiona la integridad de su hijo.

En cambio, los dos entrevistados restantes refirieron que el deber de cuidado se constreñía a los casos en donde el tenedor no velaba por la salud, alimentación, educación y recreo del tenido.

Así, el cambio de la tenencia se daría porque el titular no cumpliría con los deberes legales señalados para el que ejerce la patria potestad.

En lo que respecta a los dos especialistas que señalaron que el incumplimiento del régimen de visitas genera la variación de la tenencia. La predisposición a este criterio indica que para ellos la relación afectiva del hijo con el progenitor no conviviente es primordial para su desarrollo integral; asimismo, esta orientación encuentra respaldo normativo con el Código de los Niños y Adolescentes.

Uno de los entrevistados señaló que la muerte del tenedor genera la variación de la tenencia.

Al respecto, considero que este criterio no es propiamente un supuesto de cambio de tenencia, sino más bien un claro ejemplo de pérdida de la patria potestad, pues la primera institución necesita de un proceso judicial para su concretización. Así, para su tramitación necesitará que el demandado (tenedor) esté vivo.

El síndrome de alienación parental fue considerado por uno de los entrevistados como una causal para variar la tenencia. Esta respuesta califica al referido trastorno psicológico como un criterio que por sí solo puede generar el otorgamiento de la tenencia a favor del progenitor no conviviente.

Por otro lado, si bien los demás especialistas no lo señalaron expresamente, al referir que el impedimento de contacto y la violencia psicológica son causales para variar la tenencia, implícitamente estaban refiriéndose al síndrome de alienación parental.

Finalmente, uno de los entrevistados respondió que era una causal para variar la tenencia el hecho que luego de seis meses de la sentencia de separación convencional se podía pretender dicho cambio.

Considero que esta respuesta no es un criterio de variación, sino más bien el presupuesto legal para pretender la modificación de la sentencia que otorga la tenencia. Empero, es necesario señalar que el plazo de los seis meses no solo se limita a la separación por acuerdo mutuo, debido a que también abarca aquellos casos en los que existe una sentencia que ordena el otorgamiento de la titularidad de este derecho. Asimismo, como se ha señalado, este plazo puede ser inobservado si es que está en peligro el interés superior del tenido.

2. **¿Considera usted que el síndrome de alienación parental se configura como una causal para variar la tenencia? Fundamente su respuesta.**

Gráfico N° 2



Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Gráfico N° 2

De los seis entrevistados, el 100% consideró que el síndrome de alienación parental es una causal para variar la tenencia.

Por consiguiente, ninguno estaba de acuerdo que, una vez comprobada la referida patología psicológica, el progenitor alienador siga detentando la tenencia de su hijo.

Discusión del Gráfico N° 2

El hecho que los seis especialistas hayan manifestado que el síndrome de alienación parental es una causal para variar la tenencia significa que han advertido que su presencia implica un menoscabo en diversos derechos de los niños, niñas y adolescentes y que su diagnóstico usualmente se presenta en los litigios en los que se decide con quién vivirá el menor de edad.

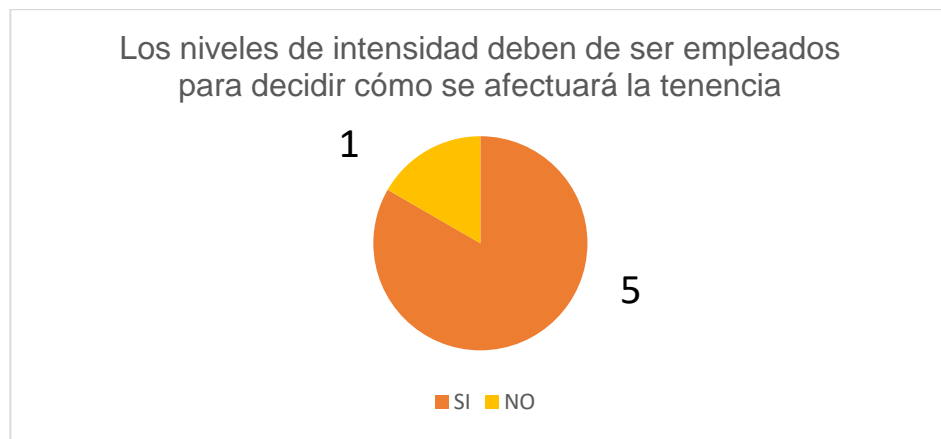
Por otro lado, esta orientación se condice con los pronunciamientos de la Corte Suprema, en donde los vocales supremos se han encargado de explicar qué es lo que debe de entenderse por

alienación parental y cómo ello afecta a la estabilidad psicológica de los involucrados.

Finalmente, este porcentaje también va de la mano con las nuevas orientaciones adoptadas por los países de Brasil, México y Estados Unidos, en donde a través de la ley y la jurisprudencia se ha logrado considerar al síndrome de alienación parental, entre otras finalidades, como una causal para variar la tenencia.

- 3. Considerando que el síndrome de alienación parental tiene tres niveles de intensidad: leve (en donde la convivencia con el progenitor rechazado todavía es posible), moderado (la convivencia se dificulta, pues los insultos y el rechazo del hijo hacia su progenitor no conviviente son más intensos) y severo (las visitas acordadas o establecidas son imposibles de realizar), ¿el juez debería de tener en cuenta estos niveles para decidir cómo se efectuará la variación de la tenencia? Explique su respuesta.**

Gráfico N° 3



Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Gráfico N° 3

Cinco de los entrevistados respondieron que el juez sí debería de tener en cuenta los niveles de intensidad del síndrome de alienación parental para decidir cómo se efectuará la variación de la tenencia.

En cambio, solo uno refirió que ello no es necesario.

Discusión del Gráfico N° 3

Los cinco especialistas que respondieron afirmativamente, justificaron su respuesta en el hecho que ellos entendía a la alienación parental como una forma de violencia familiar.

Así, ya sea en el nivel leve, moderado o severo, el comportamiento del padre programador perjudica irremediablemente a sus hijos, pues se perturba su equilibrio psicológico.

Uno de los entrevistados señaló que esta diferenciaron en niveles permitía garantizar el interés superior del niño, pues el juez tendría en cuenta la realidad concreta de cada menor de edad. Con ello se evitaría adoptar decisiones que configuren una nueva manifestación de violencia.

Por otro lado, uno de ellos explicó que los niveles de intensidad son determinantes para elegir la modalidad de asistencia que brindará el equipo multidisciplinario, por lo que resulta necesario, en cada una de ellas, que se otorgue un régimen de visitas monitoreado a favor del progenitor alienador.

La entrevistada que respondió negativamente justificó su respuesta en el entendido que no era necesario un orden de prelación para variar la tenencia, pues en sus tres niveles la alienación parental vulnera a los niños, niñas y adolescentes.

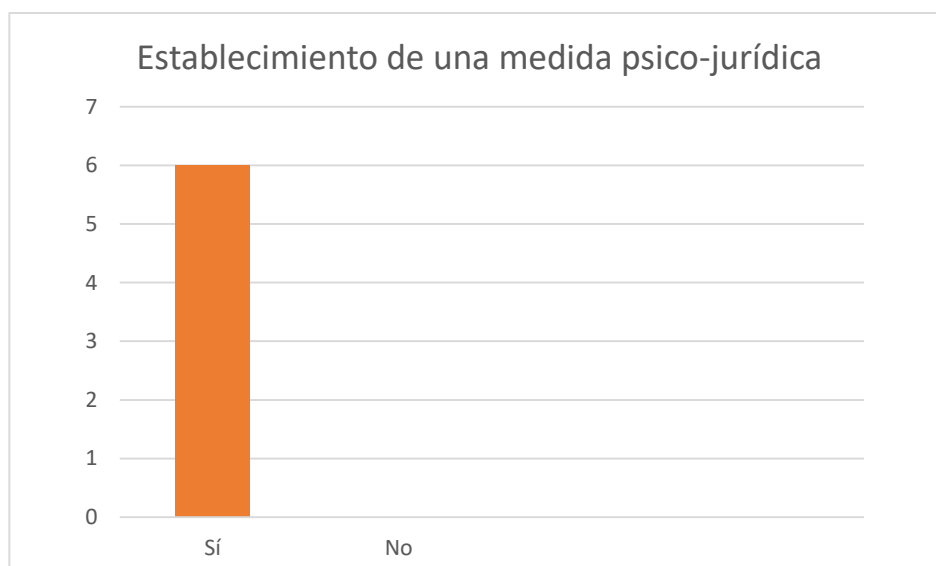
En consecuencia, los datos obtenidos a través de las entrevistas permiten concluir que la mayoría de especialistas están de acuerdo que el juez tome en cuenta los niveles de intensidad de la alienación parental para variar la tenencia. Por ello, este resultado guarda conexión con la hipótesis de este estudio.

Por su lado, si bien una sola entrevistada respondió negativamente, ello no significa que no reconozco la importancia de los niveles, pues señaló que en cualquiera de ellos debe el juez ordenar la variación de

la tenencia, lo cual también guarda relación con la propuesta de este trabajo.

4. Si en un proceso de tenencia se comprueba la existencia del síndrome de alienación parental, ¿considera correcto que el juez disponga que se lleve a cabo una medida psicojurídica para lograr que el menor de edad alienado y su padre rechazado logren revincularse afectivamente? Desarrolle su respuesta.

Gráfico N° 4



Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Gráfico N° 4

Los seis entrevistados manifestaron que el juez sí debería de ordenar que se lleve a cabo una medida psicojurídica para lograr que el menor de edad alienado y su padre rechazado logren revincularse afectivamente.

En contraste a ello, ninguno respondió negativamente.

Ello significa que todos han considerado que la sola variación de la tenencia no es suficiente para reestablecer la sana convivencia y la relación afectiva entre el niño, niña y adolescente programado y su progenitor alienado.

Discusión del Gráfico N° 4

Si bien todos los especialistas respondieron afirmativamente, cada uno de ellos ha manifestado su propio parecer al respecto.

Así, una de las entrevistadas refirió que las medidas psicojurídicas deben de ser obligatorias, pues de esta manera se logrará reconstruir la relación de amor que existía entre los alienados.

En cambio, dos entrevistados señalaron que las referidas medidas tenían que aplicarse a favor del padre alienador, progenitor rechazado y el menor de edad alienado, por lo que solo sería eficaz si es que todos sean sometidos a una terapia psicológica familiar integral.

Una tercera postura señaló que era necesario diferenciar las medidas, pues si bien todas estaban encaminadas a buscar una protección a favor de los menores de edad, solo algunas eran pertinentes atendiendo al caso en concreto.

Finalmente, una entrevistada expresó que la medida psicojurídica debía de favorecer al niño, niña o adolescente alienado, por lo no sería relevante si su empleo beneficia o no al progenitor programador.

De este modo, para esta especialista el padre alienador no debe ser sujeto de ninguna medida que restaure su estabilidad emocional. Se podría decir que ello se sustenta en el hecho que necesitan ser relegadas por el ordenamiento jurídico y por las autoridades jurisdiccionales.

Sobre el particular, considero que debe de primar la tercera postura, pues las medidas psicojurídicas deben estar encaminadas a evitar un mayor perjuicio a la integridad psicológica del menor de edad; por consiguiente, antes de que sean decretadas, es imperioso que se especifique los niveles de intensidad de la alienación parental (estudiar cada caso en concreto).

5. ¿El interés superior del niño se vulnera con la conducta del progenitor alienante? Si su respuesta es afirmativa, ¿en qué forma se vulnera? Fundamente su respuesta.

Gráfico N° 5



Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Gráfico N° 5

Cinco de los entrevistados respondieron que el interés superior del niño se vulnera por la conducta del progenitor alienante; es decir, entre ambas existe una vinculación directa.

En cambio, uno de los especialistas refirió que no se vulnera el interés superior del niño.

Si bien a primera vista esta última respuesta indicaría que no existe consenso en la relación existente entre el referido interés y el daño que causa la alienación parental, lo cierto es que ello se ha debido a la postura del entrevistado sobre la primera variable, pues entiende al interés solamente como un principio y no como un derecho y norma procedimental.

Discusión del Gráfico N° 5

Uno de los entrevistados que han respondido afirmativamente, refiere que la conducta del progenitor alienador, además de vulnerar el principio del interés superior del niño, también trasgrede el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

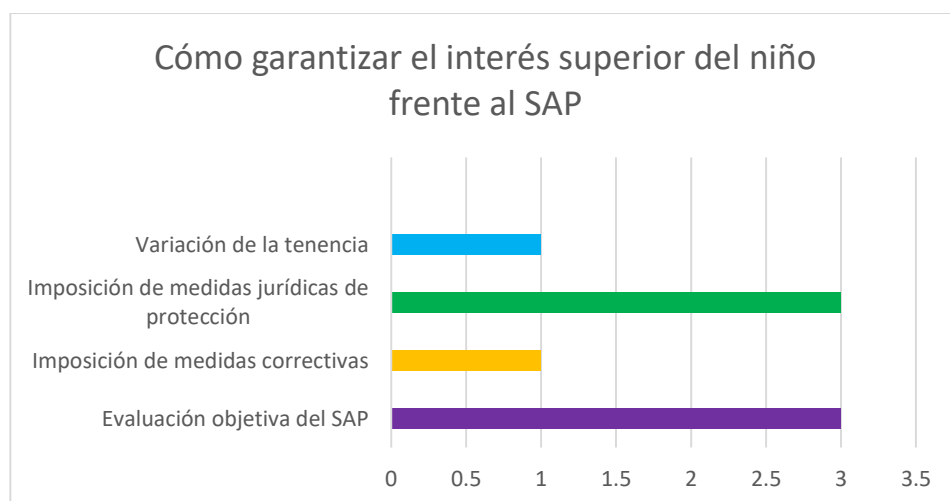
Otro especialista señaló que el interés superior del niño, como la concretización del máximo bienestar de los menores de edad, se vulnera con la conducta del progenitor alienador porque se lesiona su derecho a mantener contacto con el padre no conviviente y la familia extensa de este.

Los otros tres especialistas argumentan que el referido interés se configura como un derecho subjetivo por el cual se favorece a otros derechos, entre estos se encuentran los derechos a la integridad física y psicológica y a vivir en una familia. En esta orientación, al vulnerar la conducta del progenitor programador estos derechos, también estaría quebrantando al interés superior del niño.

Finalmente, el especialista que consideró que la conducta del padre alienador no vulneraba el interés superior de su hijo sustentó su decisión en que este interés solo podría ser visto como un principio que obligaba a los operadores jurídicos a favorecer en toda medida a la infancia. No obstante, explicó que esto no implica que la conducta alienadora no afectase otros derechos como la integridad personal del menor de edad.

6. ¿Cómo se garantiza el interés superior del niño frente al síndrome de alienación parental?

Gráfico N° 6



Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Gráfico N° 6

Antes de llevar a cabo el respectivo análisis, es necesario explicar que en esta pregunta los entrevistados podían señalar más de un criterio, por lo que en reiteradas ocasiones se ha presentado este escenario.

Así, tres especialistas han referido que la mejor garantía del interés superior del niño es evaluar objetivamente la existencia del síndrome de alienación parental.

Otros tres entrevistados manifestaron que el interés superior del niño se garantizaría con la imposición de medidas jurídicas de protección. Entre estas medidas se propugna el empleo de las terapias psicológicas

Uno de los especialistas explicó que la garantía del comentado interés se daría siempre y cuando el juez decidiese imponer una medida coercitiva en contra del progenitor programador.

Finalmente, un entrevistado argumentó que el interés superior del niño solo se garantizaría si es que el juez ordenaba la variación de la tenencia a favor del progenitor rechazado.

Discusión del Gráfico N° 6

Los tres entrevistados que han respondido que la evaluación objetiva del síndrome de alienación parental garantizará el interés superior del niño, sustentaron su respuesta en el hecho que es imperioso determinar la existencia de esta patología psicológica a fin de no dañar al menor de edad.

Por ello, uno de ellos ha señalado que la evaluación tiene que ser realizada no solo por psicólogos, sino también con la participación de psiquiatras.

Al respecto, considero que el psiquiatra no debe de participar en el descubrimiento del síndrome, pues este no se vincula a ninguna enfermedad mental o afín, sino que vendría a ser una alteración de la personalidad; lo cual es materia de estudio de los psicólogos.

Por su lado, tres especialistas han respondido que la mejor garantía es la imposición de medidas jurídicas de protección. Entre estas se ha señalado que el menor de edad alienado debe de ser tratado a través de terapias, a fin de lograr eliminar el rechazo que siente hacia el padre alejado.

Otros refieren que las medidas deben ser amplias, por lo que no solo se aplicarían terapias, sino además otras cuyo fin sea reestructurar afectivamente el vínculo parental y estabilizar la salud psicológica.

Uno de los entrevistados expresó que la sola variación de la tenencia era suficiente para garantizar el interés superior del niño, pues con ello se reivindicaría la importancia del derecho de todo niño a vivir en un ambiente sano que brinde cuidado a su integridad psicológica, espiritual y física.

Sobre el particular, considero que la variación debe ser la primera acción jurisdiccional a realizar, pero no la única. En efecto, de nada servirá ordenar el cambio de tenencia si es que ello no se acompaña con un tratamiento psicológico especializado para todos los involucrados: progenitores e hijos.

Finalmente, un especialista refirió que la imposición de medidas correctivas sobre el progenitor alienador es la mejor opción para avalar el interés superior del niño. Sin embargo, no especificó cuáles deberían ser estas medidas.

Al respecto, razono que el uso de la potestad coercitiva y correctiva por parte del juzgador es esencial para evitar que nuevamente se someta al hijo a tratos que configuran violencia psicológica. Quizás, la más usada de estas medidas sea suspender las visitas del padre alienador, quien solo ejercerá este derecho si es que previamente ha afrontado exitosamente un tratamiento psicológico.

4.2. Entrevistas practicadas a los psicólogos

Los dos psicólogos entrevistados laboran en el equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, por lo que cada día han sido testigos de la presencia del síndrome de alienación parental en los procesos de tenencia.

1. ¿Qué entiende por síndrome de alienación parental?

Cuadro N° 1

Entrevistado	Qué es el SAP
1	Influencia emocional
2	Alteración emocional

Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Cuadro N° 1

Si bien ambos entrevistados han manifestado que la alienación parental se interrelaciona con el aspecto emocional, sus respuestas difieren en la forma en la que esta dimensión se ve afectada.

Así, uno de los psicólogos respondió que vendría a ser una influencia sobre las emociones de los menores de edad; en cambio, el otro especialista ha explicado que sería una alteración de emociones.

Discusión del Cuadro N° 1

El entrevistado n° 1 basó su postura en el entendido que uno de los padres programa a su hijo para lograr distorsionar la percepción que siente hacia el otro.

En cambio, el otro especialista explicó que el síndrome de alienación parental se deriva de la separación conflictiva de los padres.

De estas definiciones se aprecia que ambos psicólogos circunscriben al síndrome de alienación parental en el entorno familiar, por lo que la separación de los progenitores y la inculcación de uno de ellos sobre su hijo causarían su génesis.

Al respecto, considero que ambas definiciones están incompletas, debido a que ninguno de los entrevistados mencionó a la campaña de denigración como elemento esencial de diagnóstico.

Asimismo, tampoco han señalado que el referido síndrome vendría a ser no solo un trastorno psicológico, sino también una patología jurídica conectada a instituciones como la tenencia, patria potestad, custodia, régimen de visitas y violencia familiar.

Finalmente, a fin de evitar interpretaciones antojadizas, los entrevistados debieron de dejar en claro que la obstrucción del vínculo parental, a causa del comportamiento del progenitor que convive con el menor de edad inculcado, es el presupuesto necesario para el origen de los ocho síntomas observables de la alienación parental.

2. ¿Cuáles son los daños psicológicos, emocionales y afectivos que genera el síndrome de alienación parental en un menor de edad?

Cuadro N° 2

Entrevistado	Daños que causa el SAP
1	Desadaptación social
	Consumo de drogas
	Bajo rendimiento académico
	Depresión
2	Rechazo hacia uno de los padres
	Descalificación hacia uno de los padres
	Influencia negativa

Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Cuadro N° 2

El entrevistado N° 1, ante la pregunta planteada, respondió que el síndrome de la alienación parental genera cuatro daños totalmente diferenciados. Así, detalló que estos son la desadaptación social, el consumo de drogas, el bajo rendimiento académico y la depresión.

Por su lado, el entrevistado N° 2 señaló que el rechazo, la descalificación hacia uno de los padres y la influencia negativa son los daños causados por el referido trastorno psicológico.

Discusión del Cuadro N° 2

El primer entrevistado ha detallado algunos de los daños que se vinculan con los aspectos emocionales y psicológicos de todo niño, niña o adolescente alienado.

Esto refleja que este especialista tiene una visión integral del síndrome de alienación parental, pues no solo limita sus efectos negativos a la dimensión psicológica.

En cambio, el segundo entrevistado no ha podido identificar correctamente los daños que origina la conducta alienadora del padre programador. Esto se puede apreciar en su respuesta, en donde ha preferido explicar los requisitos de la alienación parental: inculcación maliciosa y campaña de denigración.

Empero, ninguna de las respuestas ha dejado en claro, de manera totalizante, la serie de consecuencias negativas que causa la patología psicológica estudiada.

Así, en la doctrina se ha señalado que los daños derivados del síndrome de alienación parental van desde episodios de ansiedad, crisis de angustia, miedos infundados, alteraciones fisiológicas, trastornos de identidad hasta comportamientos de hostilidad que pueden derivar en el suicidio del menor de edad alienado.

De este modo, el impacto de la alienación parental altera la estabilidad emocional, psicológica, afectiva y social del niño, niña o adolescente que lo padece.

Por ello, es considerado por diversos especialistas como una forma de violencia familiar y, por ende, maltrato infantil.

3. ¿El síndrome de alienación parental tiene niveles de intensidad? Si es así, ¿cuáles son y qué características presentan?

Cuadro N° 3

Entrevistado	Niveles	Características
1	Leve	Recién inicia la campaña de denigración.
	Moderado	El menor de edad alienado se niega a ir con el progenitor rechazado, por lo que se muestra temeroso y rebelde.
	Severo	El niño, niña o adolescente alienado demuestra conductas de rechazo total y odio hacia el padre no conviviente.
2	Ligero	Según el nivel: - Ambivalencia. - Denigración. - Desprecio. - Vínculo con el progenitor alienante. - Vínculo con el progenitor alienado.
	Moderado	
	Severo	

Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Cuadro N° 3

El entrevistado N° 1 ha procedido a identificar los niveles de intensidad del síndrome de alienación parental para después señalar sus características relevantes. Con relación al primer nivel, ha referido que en este recién inicia la campaña de denigración. En el nivel moderado, explicó que el menor de edad ya no desea mantener contacto con el padre alienado, mostrando temor y rebeldía cuando lo ve. Finalmente en el último nivel, argumentó que se caracteriza porque el hijo alienado odia y rechaza totalmente al progenitor alejado.

En cambio, el segundo entrevistado, luego de señalar los tres niveles de intensidad de la alienación parental, procedió a mencionar algunos de los síntomas observables sin distinción entre cada nivel.

Discusión del Cuadro N° 3

El primer entrevistado ha explicado correctamente las características esenciales de cada nivel. No obstante, hubiese sido recomendable que identifique la presencia y la magnitud de los ocho síntomas observables con cada uno de ellos.

En cambio, el segundo especialista, si bien ha señalado algunos de los referidos síntomas, no ha procedido a vincularlos con los niveles de intensidad, llegando incluso a confundir cada uno de ellos.

Si bien los niveles de intensidad se interrelacionan con los síntomas observables de la alienación parental, los psicólogos consultados debieron de detallar la magnitud de los últimos a fin de establecer baremos que coadyuvará a identificar cuál de los niveles se encuentra presente en el menor de edad afectado.

- 4. ¿Existe alguna terapia psicológica para tratar cada nivel de intensidad del síndrome de alienación parental o para todos se aplica la misma? Desarrolle su respuesta.**

Cuadro N° 4

Entrevistado	Terapias aplicables
1	Incrementar el tiempo del menor de edad con el progenitor denigrado.
2	Terapia individual
	Terapia entre el hijo alienado y el padre rechazado.

Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Cuadro N° 4

El entrevistado N° 1, frente a la pregunta planteada, respondió que en cada nivel de intensidad la terapia idónea es aquella por la cual el hijo alienado y el padre rechazado pasan tiempo juntos.

Por su lado, el otro psicólogo consultado respondió que deben de aplicarse terapias individuales y conjuntas entre el progenitor alienado y el infante programado.

Discusión del Cuadro N° 4

El primer especialista no hizo distinción entre cada nivel de intensidad de la alienación parental. Por ello manifestó que lo importante es que los alienados convivan e interactúen más.

Si bien es trascendental que la revinculación afectiva entre los afectados se realice de manera paulatina, el problema fundamental es controlar la actitud del programador.

Así, la respuesta sujeta a discusión no tuvo en cuenta este criterio, pues no basta únicamente crear espacios de convivencia entre los alienados, sino también que se limite el contacto con el padre alienador.

En cambio, el segundo entrevistado refirió que pueden emplearse dos terapias psicológicas para todos los niveles de intensidad.

Sin embargo, no precisó si estos debían de aplicarse con la misma magnitud para cada nivel.

Asimismo, tampoco explicó cuál tratamiento debía de afrontar el padre programador.

- 5. De comprobarse el síndrome de alienación parental en un proceso de tenencia, ¿cuáles mecanismos se pueden utilizar para revincular afectivamente al menor de edad alienado con su progenitor rechazado?**

Cuadro N° 5

Entrevistado	Mecanismos de revinculación
1	Régimen de visitas progresivos a favor del progenitor alienado sin la presencia del alienador
2	Terapias psicológicas

Fuente: Elaboración propia.

Análisis del Cuadro N° 5

El entrevistado N° 1 señaló que el mecanismo para reestablecer el vínculo afectivo entre los alienados es la fijación de un régimen de visitas en donde el visitador sea el padre rechazado.

En cambio, el segundo especialista explica que deben de aplicarse terapias psicológicas.

Discusión del Cuadro N° 5

El primer psicólogo también señaló que el régimen de visitas tenía que darse sin la presencia física del programador.

Al respecto, como se ha explicado en el marco teórico, las visitas, en los casos de comprobarse el síndrome de alienación parental, no son una medida eficaz, debido a que el menor de edad alienado seguirá conviviendo, luego de ejercerse el derecho de relación, con la persona que cada día lo programa. Es decir, la inculcación maliciosa no se detendrá y el programado seguirá rechazando al padre alejado a pesar que exista la orden judicial que dispone un régimen de visitas.

Por eso, en la posición mayoritaria de la doctrina jurídica nacional se ha explicado que la mejor solución ante este problema es variar la tenencia a favor del padre alienado.

La segunda especialista respondió que las terapias psicológicas son el mecanismo para frenar los síntomas observables del síndrome de alienación parental.

De lo desarrollado hasta el momento, se puede concluir que efectivamente las terapias son fundamentales para frenar los síntomas observables; sin embargo, estas no son suficientes.

Así, debió de explicarse que la terapia psicológica resultará eficaz si es que previamente se ha variado la tenencia a favor del padre rechazado.

Asimismo, hubiese sido mejor que se señalase cómo se llevarían a cabo estas terapias y cuáles se emplearían atendiendo a cada nivel de intensidad de la alienación.

- 6. Como psicólogo, de comprobarse en un proceso de tenencia el síndrome de alienación parental, ¿recomendaría al juez que la tenencia del menor de edad alienado sea variada a favor del progenitor rechazado? De ser afirmativa su respuesta, ¿la variación se efectuaría de manera progresiva o inmediata? Fundamente su respuesta.**

Cuadro N° 6

Entrevistado	Recomendación de variación
1	Sí, pero de manera progresiva
2	No, porque no es decisión del psicólogo

Análisis del Cuadro N° 6

El primer entrevistado, frente a la preguntada planteada, respondió que sí recomendaría la variación de la tenencia. Para ello, preciso que tal medida tendría que darse de manera progresiva a fin de evitar daño al menor de edad alienado, quien puede terminar traumatizado.

El segundo psicólogo refirió que no recomendaría la variación de la tenencia porque ello no sería su decisión, sino la del juez.

Discusión del Cuadro N° 6

En lo concerniente a la primera respuesta, atendiendo a lo desarrollado en el marco teórico, se puede concluir que para su elaboración no se han tenido en cuenta los niveles de intensidad del síndrome de alienación parental.

En efecto, la explicación del entrevistado se basó en que debe ser progresiva la variación para no causarle daño a los menores de edad

alienados involucrados; sin embargo, esta visión deja de lado que mientras siga la convivencia con el programador alienador la alienación seguirá en aumento.

Por ello se explicó que la progresividad debe emplearse solo en los supuestos en que la alienación padecida por el niño, niña o adolescente se encuentra en un nivel severo; debiéndose de aplicar la inmediatez en lo demás niveles.

Asimismo, se debe de tener en cuenta que la progresividad adopta una nueva orientación, pues se necesitará de la ayuda de un tercero neutral y de casas puentes a fin de coadyuvar a la revinculación afectiva entre el progenitor rechazado y su hijo alienado.

La segunda respuesta se ha esbozado por una falta de comprensión lectora del entrevistado.

Precisamente, la pregunta buscó conocer la opinión de los psicólogos del equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de La Libertad sobre qué le recomendarían al juez, con relación a la variación de la tenencia, si es que en su labor conocen un caso de evidente síndrome de alienación parental.

Así, la respuesta, como correctamente lo hizo el primer entrevistado, debía ser positiva o afirmativa: variar o no variar la tenencia.

Finalmente, este especialista no reparó en el hecho que, como miembro del equipo multidisciplinario, en sus protocolos de pericia pueden recomendarle al juez a que adopte ciertas decisiones relacionadas al estado del sujeto analizado, por lo que perfectamente podría manifestar su rechazo o aceptación a la variación de la tenencia como solución ante la comprobación de la alienación parental.

CAPÍTULO V: PROPUESTA

Basándome en todo lo desarrollado hasta el momento, propongo la incorporación de un nuevo enunciado normativo en el Código de los Niños y Adolescentes, por el cual operará la variación de la tenencia frente a la existencia comprobada del síndrome de alienación parental y se garantizará el principio-derecho-normal procedimental del interés superior del niño.

5.1 Exposición de motivos

La familia es una institución natural y social, cuyo fin principal es crear un ambiente de afecto, tranquilidad, ejemplo, armonía y de bienestar general para todos sus integrantes.

Su trascendencia ha generado que reciba una protección privilegiada por parte del Estado. En este sentido, los artículos 4 y 5 de la vigente Constitución Política del Perú cumplen dicho cometido.

Si bien estas disposiciones legales buscan, entre otras finalidades, que las relaciones familiares, especialmente las parentales, se desenvuelvan sin ningún tipo de inconveniente, lo cierto es que ello no siempre será así, debido a que en la mayoría de los casos las familias no serán estables ni debidamente estructuradas, sino disfuncionales.

La disfuncionalidad se genera a causa de una serie de conflictos intrafamiliares, los cuales repercutirán en la relación afectiva de los esposos o convivientes, llegando a afectar su permanencia. Así, esta situación crítica ocasionará que se inicien diversas disputas judiciales, especialmente cuando existen hijos menores de edad.

Uno de los litigios que más afecta a los infantes es el de la tenencia, pues en su dilucidación terminan siendo partícipes de las posiciones procesales que han asumido sus progenitores, por lo que, en la mayoría de las ocasiones, pasan a ser meros objetos del litigio.

Por consiguiente, este escenario procesal los perjudicará irremediablemente, produciéndoles el nacimiento o la maximización de una variedad de trastornos psicológicos que perturbaran su estabilidad emocional, social, afectiva y mental, como el denominado síndrome de alienación parental.

El síndrome de alienación parental es un trastorno psicológico por el cual uno de los padres, normalmente el que ejerce la tenencia, programa a su hijo a fin de que denigre al otro progenitor; por lo que logra obstruir el vínculo afectivo que ellos conservaban a pesar de ya no vivir juntos.

En este sentido, se traduce en un ejercicio abusivo de la tenencia, debido a que su titular se aprovechará del amor y la dependencia que siente el hijo hacia él para poder manipularlo con mayor facilidad.

Su presencia, según diversos psicólogos, evidencia un menoscabo en la integridad psicológica y la estabilidad biológica, emocional, afectiva y social de los infantes alienados, capaz de causar una serie de secuelas negativas como disminución del rendimiento escolar, crisis de ansiedad y angustia, temor a la separación, alteraciones en los patrones alimenticios y en el control de esfínteres, problemas de comunicación, depresión, comportamiento de hostilidad y a veces el suicidio.

Por ello, es considerado como una forma de violencia familiar y de maltrato infantil, pues vulnera los derechos fundamentales de todo menor de edad a opinar, de relación, a la integridad psicológica, a ser cuidado por sus padres y a tener un familia, no ser separado de ella y su interés superior; lo cual ha ocasionado que en doctrina nacional, comparada y en la jurisprudencia sea entendido como una causal para variar la tenencia.

Para su diagnóstico, se ha explicado que deben estar presentes, parcial o integralmente, ocho síntomas observables: las racionalizaciones sin sustento para el desprecio, la campaña de descrédito, la falta de culpabilidad, el apoyo constante al padre alienador, la ausencia de ambivalencia en el odio al progenitor, el surgimiento del fenómeno del “pensador independiente”, la presencia de escenarios indeterminados y

poco claros y el despliegue de animadversión hacia los amigos o familia extensa del progenitor alejado (Howard, 2014, pp.139-140).

Según la presencia y la magnitud de estos síntomas –los cuales estarán debidamente detallados en un informe del psicólogo del equipo multidisciplinario–, la alienación sufrida se presentará en tres niveles de intensidad: leve, moderado y severo.

En los niveles leve y moderado, la relación afectiva entre los alienados todavía existe, por lo que es más sencillo reestablecer el vínculo parental cuando el cambio de la tenencia se adopta de manera temprana. Mientras que en el nivel severo, la programación sobre el menor de edad es tan intensa que solo siente odio hacia el padre rechazado, por lo que será necesario utilizar mecanismos jurídicos y medidas psicojurídicas idóneas para no causarle más daño cuando se ordene la variación de la tenencia.

De este modo, ante los dos primeros niveles de intensidad, la variación deberá de efectuarse de manera inmediata, en donde además será necesario impedir temporalmente las visitas del alienador hasta que haya afrontado satisfactoriamente una terapia psicológica.

En cambio, en el nivel severo, el cambio operará de manera progresiva. Esta progresividad adoptará un novísimo significado, ya que se convierte en el medio por el cual se concretiza la convivencia con el progenitor rechazado a través del empleo de una casa puente entre la casa origen y la definitiva; siendo fundamental la participación de un tercero neutral, quien se hará cargo de la guarda provisoria del menor de edad, a fin de lograr un traspaso a favor del nuevo titular de la tenencia sin generarle un menoscabo en su integridad psicológica.

De igual modo, aquí también resulta necesario que el programador deje de tener contacto con el menor de edad alienado hasta que haya transitado por una terapia psicológica satisfactoria y que el juez fije la medida psicojurídica idónea para restaurar por completo el vínculo afectivo entre los principales actores involucrados.

Por otro lado, las medidas psicojurídicas vienen a ser aquellas decisiones que se adoptan con el propósito de garantizar el bienestar de las personas que han sufrido una trasgresión a sus derechos fundamentales. Así, el juez tendrá que velar porque la víctima (niño, niña o adolescente) pueda sentirse segura con la decisión que se adopte, por lo que requerirá del apoyo constante de los psicólogos, quienes velarán por la estabilidad emocional, psicológica y afectiva de este sujeto de derecho.

En el caso de la alienación parental, algunas de las medidas que se pueden aplicar son la terapia de revinculación asistida, las visitas supervisadas, las intervenciones mediadoras, terapéuticas y legales, la mediación familiar flexible y los niveles residenciales.

A nivel internacional, ordenamientos jurídicos como Argentina (Ley Penal N° 24.270), México (Código Civiles de Baja California Sur, Coahuila, Colima, Durango, Jalisco, Tamaulipas y Código Familiar y Código Penal de Michoacán), Brasil (Ley N° 12.318/2010), Estados Unidos y España han insertado en sus ordenamientos jurídicos, ya sea a través de leyes o jurisprudencia, al síndrome de alienación parental como un criterio para variar la tenencia a favor del progenitor alienado, obteniendo resultados positivos.

En el caso del ordenamiento jurídico peruano, no existe dispositivo legal alguno que regule de manera específica esta causal, a pesar que los tribunales de justicia ya han dilucidado controversias de este tipo (Casaciones N° 2067-2010-Lima, 5138-2010-Lima y 370-2013-Ica y expedientes N° 00979-2012-0-1308-JR-FC-01 de la Sala Superior Mixta de Huarua y N° 0075-2012-0-1401-JR-FC-01 de la Segunda Sala Superior Civil de Ica).

Ahora bien, partiendo que todo niño, niña y adolescente necesita de su familia para lograr un adecuado desarrollo; cualquier decisión que implique separarlos de ella deberá estar sustentada en su interés superior, el cual se encuentra debidamente reconocido en el artículo 4 de la Carta Magna.

De esta manera, en los procesos de tenencia el referido interés funcionará como una norma procedimental, pues el juez tendrá que intentar prever los efectos que puedan derivarse de su decisión; asimismo, deberá ser entendido como un derecho subjetivo, ya que se privilegiarán los derechos fundamentales de los menores de edad sobre los que detentan sus padres. Y, como principio, pasará a ser una pauta interpretativa, integradora, de flexibilización y aplicación, la cual permitirá que el conflicto analizado sea solucionado garantizando los derechos e intereses superiores del niño, niña o adolescente que se encuentra en medio del litigio.

Así, la única manera de garantizar la triple dimensión del interés superior del niño es promulgando un artículo en el que se incorpore al síndrome de alienación parental como una causal para variar la tenencia a favor del padre rechazado, en donde además se tendrá en cuenta el nivel de intensidad de la alienación para decidir cómo se efectuará el cambio de tenencia y las medidas psicojurídicas destinadas a reestablecer la relación afectiva entre los alienados.

5.2. Incorporación del artículo 82-A en el Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 82-A°.- La variación de la tenencia ante el síndrome de alienación parental

A fin de garantizar el interés superior del niño, cuando se diagnostique el síndrome de alienación parental en el niño, niña o adolescente, el juez, antes de variar la tenencia a favor del progenitor alienado, ordenará que se elabore un informe psicológico en donde se determine el nivel de intensidad de la alienación y la medida psico-jurídica pertinente para restablecer el vínculo afectivo entre los alienados.

En los niveles leve y moderado, la variación deberá efectuarse de manera inmediata. En cambio, en el nivel severo se llevará a cabo de manera progresiva.

Si se ordena la última modalidad, el juez tendrá que designar a un tercero neutral para que ejerza transitoriamente la guarda del menor de edad alienado hasta que haya logrado revincularse afectivamente con el nuevo titular de la tenencia.

En todos los niveles de intensidad, siempre y cuando exista un informe favorable del psicólogo del equipo multidisciplinario, se podrá otorgar al progenitor alienador un régimen de visitas.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

- 1) La dinámica de las familias disfuncionales no se agota en los conflictos de la expareja, sino que abarca a la relación parental. Así, la afectación a los menores de edad se evidenciará y potenciará en la disputa por su tenencia, pues terminarán siendo partícipes del litigio iniciado por sus progenitores, lo cual generará el nacimiento o la maximización de una variedad de trastornos psicológicos que afectarán su bienestar general, como el denominado síndrome de alienación parental.
- 2) El síndrome de alienación parental vulnera los derechos fundamentales de los menores de edad alienados de relación, de opinión, a la integridad psicológica, a tener una familia y no ser separado de ella y a ser cuidado por sus padres.
- 3) La variación de la tenencia es la mejor opción para enfrentar los síntomas observables de la alienación parental, por lo que su empleo tendrá que estar sustentada en la comprobación efectiva de esta patología, la cual se dará con la colaboración constante del equipo multidisciplinario.
- 4) En la práctica judicial ya se viene empleando la teoría del síndrome de alienación parental para sustentar el cambio de tenencia. Por ello, es necesario que se regule este trastorno psicológico a fin de uniformizar criterios en su uso, en lo que respecta a la forma en la que se efectuará la variación y en la necesidad de señalar la medida psicojurídica idónea.
- 5) El interés superior del niño, como principio-derecho-norma de procedimiento, solo se garantizará si el juez tiene en cuenta los niveles de intensidad de la alienación parental para variar la tenencia y si se ordena que se lleve a cabo la medida psicojurídica pertinente para restaurar las relaciones de afecto entre los alienados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Cavallo, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*(1), 223-247.
- Aguilar Llanos, B. (2008). *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Ediciones Legales.
- Aguilar, B. (8 de Mayo de 2013). *Ius 360*. (Ius Et Veritas) Recuperado el 11 de Abril de 2018, de *Ius 360*: <http://ius360.com/privado/civil/sindrome-de-alienacion-parental-como-elemento-influyente-para-resolver-caso-de-tenencia/>
- Aguilar, B. (2013). *Derecho de familia*. Lima: Ediciones legales.
- Aguilar, J. (2006). *SAP. Síndrome de alienación parental* (Quinta ed.). Barcelona, España: Almuzara.
- Alascio, L. (29 de Octubre de 2007). Indret: Revista para el análisis del derecho. Obtenido de Indret: Revista para el análisis del derecho: <http://www.indret.com/es/index.php>
- Alcalde, E. (2016). La familia en su hora más crítica. Aspectos cuestionables sobre disfuncionalidad y origen de la perversión. *Persona y Familia*(5), 11-22.
- Alonso, M. (2011). La familia y el Derecho de Familia. En M. Yzquierdo, & M. Cuenca (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia* (Vol. I, págs. 51-183). Pamplona, España: Aranzadi.
- Álvarez, A. (2011). El Síndrome de Alienación Parental en los divorcios de alto nivel de conflicto. En Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Alienación Parental* (págs. 229-268). México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Amado, E. (Noviembre de 2017). El interés superior del niño en los pronunciamientos de los magistrados en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 69-84.
- Arce, R., Fariña, F., & Seijo, D. (2005). Razonamientos judiciales en procesos de separación. *Psicothema*, XVII(1), 57-63.
- Arce, R., Novo, M., & Carballal, A. (2003). Sensibilización acerca de las consecuencias negativas que provoca el conflicto interparental sobre los hijos. *Revista Galeo-Portuguesa de Psicología e Educación*, X(8), 219-228.
- Arés, P. (2016). Divorcios difíciles y litigiosos en Cuba: Dinámicas de Alienación Parental. En N. Zicavo (Ed.), *Parentalidad y divorcio*

(Des)encuentros en la familia latinoamericana (págs. 71-95). San José: Alfepsi Editorial.

Asunto L.M. respecto Paraguay, s.d. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de Julio de 2011).

Avalos, B. (Setiembre de 2016). La determinación del síndrome de alienación parental en los procesos de tenencia. *Y Considerando*(8), 37-42.

Avalos, B. (Diciembre de 2017). El síndrome de alienación parental y la variación de la tenencia exclusiva. *Diálogo con la jurisprudencia*(231), 160-162.

Avalos, B. (21 de Mayo de 2017). *Legis.pe*. Recuperado el 20 de Agosto de 2017, de *Legis.pe*: <http://legis.pe/identificar-sindrome-alienacion-parental/>.

Balarezo, E. (6 de Noviembre de 2017). *Legis.pe*. Recuperado el 3 de Marzo de 2018, de *Legis.pe*: <http://legis.pe/cumplen-garantias-procesales-aplicacion-interes-superior-nino/>.

Bautista, C. (2007). Síndrome de Alienación Parental: Efectos Psicológicos. *Tesis Psicológica*(2), 65-72.

Belluscio, C. (2012). *El derecho de visitar a los hijos: tratado teórico y práctico*. Buenos Aires: Tribunales.

Beloff, M. (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

Bermúdez, M. (2011). Redefiniendo el Derecho de Familia en la tutela del vínculo familiar en la jurisprudencia peruana. *Revista de Derechos fundamentales*(5), 43-62.

Bermúdez, M. (Noviembre de 2017). La discrecionalidad del juez. Entre lo exegético y lo innovador ante la evaluación del interés superior del niño y/o adolescente. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 99-106.

Bolaños, I. (2002). El síndrome de alienación parental, descripción y abordajes psico-legales. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, II(3), 25-45.

Bouza, J., & Pedrosa, D. (2008). *(SAP) Síndrome de alienación parental. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores*. Buenos Aires: García Alonso.

Canales, C. (2014). Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia. En M. Torres (Ed.), *Patria potestad, tenencia y alimentos* (págs. 101-115). Lima: Gaceta Jurídica.

- Canales, C. (2014). *Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Cárdenas, R. (Noviembre de 2017). El principio del interés superior del niño y el papel de la jurisprudencia frente al desarrollo de las nuevas tecnologías. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 25-32.
- Carruitero, F., & Figueroa, M. (2004). *El Derecho de Familia. Un análisis desde la jurisprudencia y la sociología jurídica*. Perú: Ediciones BLG.
- Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Serie C N° 63 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Noviembre de 1999).
- Caso *Affaire Dabrowska Vs. Polonia*, Solicitud N° 34568/08 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2 de Febrero de 2010).
- Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Serie C N° 239 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).
- Caso *Bates Vs. Bates*, Case N° 99D958 (18th Judicial Circuit. Dupaye County IL 17 de Enero de 2002).
- Caso *Blanca Lucy Borja Espinoza*, STC N° 6165-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 6 de Diciembre de 2005).
- Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, Serie C N° 214 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Agosto de 2010).
- Caso *de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Serie C N° 130 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de Septiembre de 2005).
- Caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, Serie C N° 110 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de Julio de 2004).
- Caso *Elsholtz Vs. Alemania*, Sentencia 25735/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 13 de Julio de 2000).
- Caso *Fornerón e hija Vs. Argentina*, Serie C N° 242 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Abril de 2012).
- Caso *J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.*, STC N° 01817-2009-PHC/TC-Lima (Tribunal Constitucional del Perú 7 de Octubre de 2009).
- Caso *José Luis Ñiquin Huatay*, STC N° 03744-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 12 de Noviembre de 2008).

- Caso Kilgore Vs. Boyd, Case N° 94-7573. Div D. (Circuit Court of 13th Judicial Circuit of State of Florida. Hillsborough County. Famili Law Division 22 de Noviembre de 2000).
- Caso Lady Rodríguez Panduro, STC N° 2165-2002-HC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 14 de Octubre de 2002).
- Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, Serie C N° 211 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Noviembre de 2009).
- Caso Mincheva Vs. Bulgaria, Solicitud N° 21558/03 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2 de Setiembre de 2010).
- Caso Rosa Felícita Elizabeth Martínez García, STC N° 02132-2008-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 9 de Mayo de 2011).
- Caso Silvia Patricia López Falcón, STC N° 04058-2012-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 30 de Abril de 2014).
- Caso Sommerfeld Vs. Alemania, N° 31871/96 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 8 de Junio de 2003).
- Caso Teofanes Ronquillo Cornejo, STC N° 06057-2007-PHC (Tribunal Constitucional 19 de Diciembre de 2007).
- Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia, Serie C N° 248 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 3 de Septiembre de 2012).
- Castillo, C. (2010). *La privación de la patria potestad: criterios legales, doctrinales y judiciales* (Segunda ed.). Madrid: LA LEY.
- Castro, O. (Diciembre de 2010). La Convención sobre los Derechos del Niño presente en nuestro Código de los Niños y Adolescentes. *Boletín del Instituto de Familia*(12), 31-38.
- Chávez, D. (Noviembre de 2017). El principio del interés superior del niño y su carácter dinámico. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 107-112.
- Chunga, F. (2002). *Derecho de menores*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Chunga, F., Chunga Chávez, C., & Chunga Chávez, L. (2016). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes. La infracción penal y los derechos humanos*. Lima: Editoria y Librería Jurídica Grijley EIRL.
- Cillero, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del niño*(9), 125-142.
- Cornejo, H. (1999). *Derecho familiar peruano* (Décima ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

- De Trazegnies, F. (1999). La familia, ¿un espejismo jurídico? En F. De Trazegnies, R. Rodríguez, C. Cardenas, & J. Garibaldi (Edits.), *La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Hector Cornejo Chavez* (págs. 19-42). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Di Marco, G. (2005). Las familias. En G. Di Marco, E. Faur, & S. Méndez, *Democratización de las familias* (págs. 25-51). Buenos Aires: UNICEF.
- Di Marco, G. (2005). Conflicto y transformación. En G. Di Marco, E. Faur, & S. Méndez, *Democratización de las familias* (págs. 111-137). Buenos Aires: UNICEF.
- Díaz, E. M. (2015). Alienación parental: su relación con los institutos de régimen de visitas y tenencia. *IN IURE*, 109-127.
- Espinoza, Á. (2017). ¿En qué esta la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar. *Tla-melaua*(41), 222-240.
- Fermann, I., Foschiera, L., Chambart, D., Bordini, P., Carolyn, T., & Habigzang, L. (2017). Perícias Psicológicas em Processos Judiciais. Envolvendo Suspeita de Alienação Parental. *Psicologia: Ciência e Profissão*, XXXVII(1), 35-47.
- Fernández, F. (2017). Sexo, maltrato infantil, Derecho Penal Español y prueba estadística. En J. M. Aguilar, J. Bronchal, E. Carbó, A. Coca, F. García, & A. Tejedor, *Manual del síndrome de alienación parental. Claves para comprender el maltrato psicológico infantil en casos de divorcio: la situación en España* (págs. 51-86). Barcelona: Paidós.
- Fernández, M. (2013). *Manual de Derecho de Familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferrajoli, L. (2013). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. (P. Ibáñez, B. Carlos, M. Gascón, L. Prieto, & A. Ruiz, Trads.) Madrid: Editorial Trotta.
- Ferro, M. (2015). *Práctica de derecho de familia: modelos conforme el código civil y comercial* (Primera ed.). Buenos Aires: Jurídicas.
- Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium*, 114-127.
- Gallegos, Y., & Jara, R. (2014). *Manual de Derecho de Familia. Doctrina-Jurisprudencia-Práctica*. Lima: Jurista Editores.

- Gamarra, F. (Noviembre de 2003). Interés superior del niño: estudio doctrinal y normativo. *Normas Legales, II*, 43-78.
- Garay, A. (2009). *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio. Tenencia unilateral o tenencia compartida (coparentalidad)*. Lima: Grijley.
- García, M. (2009). El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor. *Derecho Privado y Constitución*(23), 201-248.
- García, S., & Acquaviva, M. (2010). *Protección contra la violencia familiar*. Buenos Aires: Hammurabi.
- González, 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. En Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Alienación Parental* (págs. 9-52). México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- González, I. (2000). Las crisis familiares. *Revista Cubana de Medicina General Integral, 16*(3), 270-276.
- González, M. (2008). *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- González, M. (2015). *Derechos de las niñas y los niños*. México D.F.: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Grosman, C. (2006). El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿Utopía o realidad posible? En A. Kemelmajer, & L. Pérez (Coords), *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia* (págs. 179-214). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Gutiérrez, J., & Cuipa, A. (2014). ¿En interés superior de quién? La alienación parental como riesgo en los procesos de tenencia. En M. Torres (Ed.), *Patria potestad, tenencia y alimentos* (págs. 143-158). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Hawie, I. (2015). *Manual de jurisprudencia de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hawie, I. (2017). *Violencia familiar: análisis sustantivo, procesal y jurisprudencial* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

- Howard, W. (2014). El síndrome de alienación parental. *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, VII(25), 129-158.
- Husni, A., & Rivas, F. (2007). Separaciones dañinas: daño psicológico en los hijos. En A. Husni, & F. Rivas, *Familias en litigio: perspectiva psicosocial* (págs. 55-74). Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.
- L.F.H., STC N° 02892-2010-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 6 de Diciembre de 2010).
- L.J.T.A. e I.M.T.A., STC N° 02079-2009-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 9 de Setiembre de 2010).
- Lescano, P. (Noviembre de 2017). El interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño y su configuración en el ordenamiento jurídico peruano. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 85-97.
- López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70.
- Martins, A., & Torraca, L. M. (2011). Síndrome de Alienação Parental: da Teoria Norte-Americana à Nova Lei Brasileira. *Psicologia Ciência e Profissão*, XXXI(2), 268-283.
- Mella, A. (2016). La tenencia o custodia compartida: una alternativa moderna de régimen familiar de creciente empleo. *Gaceta civil & procesal civil*(36), 153-162.
- Mella, A. (2017). Importancia y trascendencia del principio del interés superior del niño y adolescente en cualquier asunto vinculado a menores de edad. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 33-39.
- Méndez, S. (2005). Niñez y adolescencia. En G. Di Marco, E. Faur, & S. Méndez, *Democratización de las familias* (págs. 69-89). Buenos Aires: UNICEF.
- Muñoz, J. (2010). El Constructo Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) en Psicología Forense: Una Propuesta de Abordaje desde la Evaluación Pericial Psicológica. *Anuario de Psicología Jurídica*, XX, 5-14.
- Núñez, N. (Noviembre de 2017). El interés superior del adolescente en conflicto con la ley penal. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 57-67.
- O'Donnell, D. (2006). La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia. En J. Gutiérrez (Ed.), *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes* (págs. 119-161). México D.F.:

Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea.

- Oliva, E., & Villa, V. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, X(1), 11-20.
- Onofre, K. (Diciembre de 2017). El interés del menor como principio rector de las decisiones judiciales. *Gaceta Constitucional*, 15-20.
- Onostre, R. (2009). Síndrome de alienación parental: otra presentación de maltrato infantil. *Revista de la sociedad boliviana de pediatría*, 48(2), 106-113.
- Oropeza, J. (2007). Síndrome de alienación parental. Actores protagonistas. *Revista Internacional de Psicología*, VIII(2), 1-18.
- Ortega, R. (2015). *Los Derechos de las Niñas y los Niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Ortega, I. (2002). El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, II(3), 87-108.
- Ortiz, C. (2016). Reflexiones sobre la Convención Internacional de los Derechos del Niño. *Persona y Familia*(5), 65-79.
- Peralta, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil* (Cuarta ed.). Lima: Idemsa.
- Pérez, M. & Andrade, P. (2013). Construcción y validación de un cuestionario de alienación parental en padres divorciados. *Interamerican Journal of Psychology*, 47(1), 17-23.
- Pérez, M. (2013). Violencia y maltrato infantil en la familia: una reflexión actual y prospectiva. En C. Macías, M. Pérez, N. González, & S. Rodríguez (Coords), *Marceo teórico conceptual: violencia contra niños, niñas y adolescentes* (págs. 1-16). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Plácido, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio del Derecho de Familia* (Segunda ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (Noviembre de 2011). La valoración judicial de la opinión del niño alienado conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño. *Diálogo con la jurisprudencia*(158), 95-100.

- Plácido, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Revista de la Facultad de Derecho*(71), 77-108.
- Plácido, A. (2015). *Manual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes* (Primera ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Pradilla, S. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separado de ella. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 329-348.
- Ragel, L. (2001). La guarda y custodia de los hijos. *Derecho Privado y Constitución*, 281-330.
- Ravetllat, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, XXX(2), 89-109.
- Ravetllat, I., & Pinochet, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 903-934.
- Rodríguez, L. (2011). Alienación parental y derechos humanos en el marco jurídico nacional. Algunas consideraciones. En Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Alienación Parental* (págs. 53-93). México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Romero, F. (Noviembre de 2009). Coparentalidad y género. *Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social*, II, 11-28.
- Rubio, M. (2016). *Para conocer la Constitución de 1993* (Quinta ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruíz, R. (2011). La llamada alienación parental: La experiencia en España. En Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Alienación parental* (págs. 119-142). México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- s.d., Casación N° 1015-2000-Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 23 de Octubre de 2000).
- s.d., Casación N° 1066-2001-Huaura (Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 1 de octubre de 2001).
- s.d., Casación N° 611-2005-Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 22 de Marzo de 2006).
- s.d., Sentencia N° 367/2006 (Audiencia Provincial de Murcia 16 de Octubre de 2006).

- s.d., Sentencia N° 67/2007 (Sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona, 31 25 de Enero de 2007).
- s.d., Casación N° 4881-2009-Amazonas (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 5 de Abril de 2011).
- s.d., Casación N° 2067-2010-Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 26 de Abril de 2011).
- s.d., Casación N° 563-2011-Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 6 de Diciembre de 2011).
- s.d., Casación N° 1961-2012-Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 10 de Setiembre de 2013).
- Segura, C., Gil, M., & Sepúlveda, M. (2006). El síndrome de alieanación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos Médicos Forenses*, 117-128.
- Sokolich, M. (2004). Apuntes relativos a la patria potestad y la tenencia y custodia de los hijos. *Normas legales, II*, 69-74.
- Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *VOX JURIS*, 81-90.
- Soto, M. (2011). Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa. En Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Alienación Parental* (págs. 143-210). México D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Sotomarinero, R. (Noviembre de 2017). Las funciones del interés superior del niño en las decisiones judiciales. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 41-56.
- Stilerman, M. (2004). *Menores: tenencia, régimen de visitas* (Tercera ed.). Buenos Aires: Universidad.
- Tapias, Á. , Sánchez, L. , & Torres, S. (2013). Reconocimiento de indicadores de alienación parental en operadores de justicia de Bogotá. *Suma Psicológica*, XX(1), 111-120.
- Tejedor, A. (2008). SAP y Maltrato. En F. J. Rodríguez, C. Bringas, F. Fariña, R. Arce, & A. Bernardo (Edits.), *Psicología jurídica. Familia y Victimología* (págs. 69-76). s.d.: Ediciones de la Universidad de Oviedo.
- Tenencia, Expediente N° 1432-2009 (Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima 29 de Enero de 2010).

- Tenencia, Expediente N° 1398-2009 (Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima 3 de Marzo de 2010).
- Tenencia, Expediente N° 00979-2012-0-1308-JR-FC-01 (Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huarua 15 de Setiembre de 2014).
- Tenencia, Expediente N° 0075-2012-0-1401-JR-FC-01 (Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica 18 de Setiembre de 2015).
- Tenencia y custodia, Casación N° 05138-2010-Lima (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 31 de Agosto de 2011).
- Tenencia y custodia de menor, Casación N° 34-2004-Junín (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 15 de Febrero de 2005).
- Tenencia y custodia de menor, Casación N° 4774-2006-La Libertad (Corte Suprema de Justicia de la República 4 de Abril de 2007).
- Tenencia y custodia de menor, Casación N° 370-2013-Ica (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 6 de Marzo de 2013).
- Tenencia y custodia de menor, Casación N° 3767-2015-Cusco (Corte Suprema de Justicia de la República 8 de Agosto de 2016).
- Torre Cuadrada, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 131-157.
- Vallejo, R., Sánchez-Barranco, F., & Sánchez-Barranco, P. (2004). Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 91-110.
- Variación de tenencia, Casación N° 1394-2011-La Libertad (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 26 de Enero de 2012).
- Variación de la tenencia, Casación N° 2100-2014-Lima (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 9 de Marzo de 2015).
- Variación de tenencia, Casación N° 2538-2014-Lima (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 22 de Diciembre de 2014).

Variación de tenencia, Casación N° 2702-2015-Lima (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 6 de Mayo de 2016).

Variación de tenencia, Casación N° 3842-2014-Lima (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 28 de Setiembre de 2015).

Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia* (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar* (Tomo II). Lima: Gaceta Jurídica.

Villar, A. (2003). *Impedimento de contacto de hijos menores y la comunicación paterno-filial*. Quilmes: Némesis.