

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN EL
ORDENAMIENTO PENAL PERUANO**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

TAYO CUBAS, ELIER

Chiclayo, 28 de Noviembre de 2018.

EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN EL ORDENAMIENTO PENAL PERUANO

PRESENTADA POR:

TAYO CUBAS, ELIER

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de:

ABOGADO

APROBADA POR:

Mg. Falla Rosado, Miguel Ángel Augusto
PRESIDENTE

Mg. Ramos Soto Cáceres, Gladys
Yolanda Patricia.
SECRETARIO

Mg. Guerrero Saavedra, José Alberto.
ASESOR

DEDICATORIA

A aquella mujer, que encontrándose lejos,
ha estado muy cerca de mí,
con su amor infinito
y sus continuas plegarias a mi favor.
Todo lo que haga en la vida,
trataré de que sea un homenaje a tu existencia, mamá.

A mi papá, Pedro,
por su incansable e incondicional desprendimiento,
cada día.

A Daylin y a todos los niños del mundo que esperan
vivir infinitamente el amor verdadero en sus hogares.

A mi hermanas Derly y Analy
por las infinitas e indescriptibles muestras de
imperecedero afecto filial cada día de mi existencia.

El autor.

AGRADECIMIENTO

Al Dr. José Alberto Guerrero Saavedra,
por su invaluable compromiso y asesoría
con la presente investigación.

A quien, con la candidez de su sonrisa, y
el pulcro fulgor de su mirada
me mostró el sendero de la felicidad.
Gracias DGED.

El autor.

RESUMEN

Con la presente investigación nos propusimos dar razones objetivas para que se incluya como hecho punible en el ordenamiento penal peruano, al Síndrome de Alienación Parental, el cual consiste en una afectación psicológica que padecen los niños en virtud a la campaña de desprestigio que por su intermedio la inicia de los progenitores en contra del otro. En ese sentido, el Síndrome de Alienación Parental, es un problema que amerita una pronta solución, desde el Estado, a través del Derecho Penal, puesto que los otros mecanismos de control social, resultan insuficientes e inidóneos. En consecuencia, se hace indispensable, que en el artículo 122-B del Código Penal, se tipifique una agravante específica, que sancione al Síndrome de Alienación Parental. Los objetivos, para ello, han consistido en el estudio de la institución de la familia, la teoría de los delitos de infracción de deber y la normativa sobre violencia familiar.

Palabras clave: Síndrome de Alienación Parental, Infracción de Deber, Violencia Familiar.

ABSTRACT

With the present investigation we proposed to give objective reasons to include as a punishable fact in the Peruvian criminal law, the Parental Alienation Syndrome, which is a psychological affectation suffered by children under the smear campaign that through it the initiation of the parents against the other. In this sense, the Parental Alienation Syndrome is a problem that deserves a prompt solution, from the State, through Criminal Law, since the other mechanisms of social control are insufficient and inidóneos. Consequently, it is essential that in Article 122-B of the Criminal Code, a specific aggravating circumstance be defined, which sanctions the Parental Alienation Syndrome. The objectives, for this, have consisted in the study of the institution of the family, the theory of the offenses of duty infringement and the regulations on family violence.

Keywords: Parental Alienation Syndrome, Duty Breach, Family Violence.

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE..... 14

MARCO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN 14

1.1. FORMULACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.15

1.1.1. Tema y problema.15

1.1.1.1. Planteamiento y formulación del problema.....15

1. 2. Hipótesis.....22

1. 3. Objetivos22

1.4. Justificación23

1.4.1. Motivación.....23

1.4.2. Una historia conocida.....23

1.4.3. No somos indiferentes, por eso.....24

1.5. Revisión de la literatura.....26

1.5.1. Antecedentes de estudio.26

1.5.2. Análisis de fuentes.....29

1.6. Metodología.33

SEGUNDA PARTE 35

MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN 35

CAPÍTULO PRIMERO: LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA Y EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL..... 36

I. Introducción al concepto de Familia. 36

1.1. Derecho de Familia: Líneas generales.36

1.2. La Institución de la Familia.....39

1.2.1 Enfoques y Concepto.....39

1.2.2. La figura del Divorcio.....42

A. Definición.....	43
1.3. Patria Potestad.....	46
1.4. Tenencia y Régimen de Visitas.....	48
II. El Síndrome de Alienación Parental.....	50
2.1. Antecedentes.....	52
2.2. Definición de maltrato infantil.....	53
2.3 El Síndrome de Alienación Parental.....	54
2.3.1. Concepto.....	54
2.4. Rasgos distintivos de su manifestación.....	56
2.5. Causas del Síndrome de Alienación Parental.....	57
2.6. El padre alienador.....	57
2.7. El hijo alienado.....	58
2.8. Consecuencias del SAP.....	59
2.9. La Tabla de Richard Gardner.....	60
CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	62
2.1. Cuestiones previas.....	62
2.1.1. Derecho Penal y Política Criminal.....	62
2.2. Delitos de infracción de deber.....	64
2.2.1. Los Deberes en el Derecho Penal.....	64
2.2.2. Deberes negativos y deberes positivos.....	66
2.2.3. Surgimiento de la teoría de los delitos de infracción de deber.....	67
2.2.4. La construcción dogmática de Claus Roxin.....	70
2.2.5. La concepción de Gunther Jakobs sobre el delito de infracción de deber.....	74
2.3. Intervención delictiva e infracción de deber.....	77
2.3.1. Autoría en los Delitos de Infracción de Deber.....	77
2.3.2. Autoría mediata.....	77
2.3.3. Coautoría.....	78
2.3.4. Participación en los Delitos de Infracción de Deber.....	78
A. Unidad del título de imputación.....	79
B. Ruptura del título de imputación.....	79
2.4. Omisión impropia y delito de infracción de deber.....	80
2.4.1. La omisión impropia.....	80
2.4.1.1. Generalidades.....	80
2.4.1.2. Diferencia con la omisión propia.....	81

2.4.1.3. La imputación objetiva: La "posición de garante".....	82
2.4.2. Omisión, autoría y delito de infracción de deber.	84
2.4.2.1. El "dominio del hecho" en la omisión.	84
2.4.2.2. ¿Todos los delitos de omisión son delitos de infracción de deber?	85
CAPÍTULO TERCERO: REGULACIÓN DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL.....	88
3.1. Derecho Penal y Violencia Familiar: una relación desde siempre.....	88
3.2. Principio de necesidad en Derecho Penal: principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima.	89
3.2.1. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.	90
3.2.2. Principio de intervención mínima: “principio de subsidiariedad” y “principio de fragmentariedad”.....	91
A. Consideraciones generales e importancia del principio de intervención mínima.....	91
B. Formulación y fundamento del principio de intervención mínima.....	92
C. Principio de subsidiariedad: Derecho Penal como «ultima ratio» o carácter subsidiario del Derecho Penal.....	92
D. Principio de fragmentariedad o carácter fragmentario del Derecho Penal....	93
E. Principio de necesidad de la pena.	94
3.3. Marco normativo de protección de los niños y adolescentes a nivel internacional y nacional.....	95
3.4. La violencia familiar como un atentado contra el marco normativo de protección de los niños y adolescentes.....	96
3.4.1. Ley Nº 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.....	97
3.4.2. Decreto Supremo Nº 009-2016-Mimp: Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar.....	98
3.4.3. Decreto Legislativo 1323.....	98
3.5. Proyectos de ley a nivel comparado que pretenden la penalización del SAP.....	99
3.5.1. México:.....	99
A. Iniciativa parlamentaria que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal, de fecha 29 de abril de 2016.....	100
B. Iniciativa parlamentaria que reforma y adiciona diversas disposiciones de la ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes, de 29 de abril de 2016.....	101
3.5.2. Chile:	102
3.6. Jurisprudencia que dispone sanción del Síndrome de Alienación Parental.....	106
3.6.1. Perú	106

3.6.1.1. Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Permanente de 26 de Abril de 2011-Expediente2067-2010.....	106
3.6.1.2. Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria, de fecha 31 de Agosto de 2011-Expediente N° 5138-2010.....	107
3.6.2. Chile	108
3.6.2.1. Causa N° 897/2016 (Familia). Resolución N° 469477 de Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de Mayo de 2016.....	108
TERCERA PARTE.....	109
1.1. PROPUESTA NORMATIVA: EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL, SU REGULACIÓN EN EL PERÚ.	110
CONCLUSIONES	113
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114

INTRODUCCIÓN

El Derecho, idóneo mecanismo de solución a los problemas de la convivencia humana, evoluciona en la medida que progresa la civilización, hábitat natural de las reglas de un orden social justo. Al Derecho, por ostentar la distinción de magistral invención humana, se le encarga la encomiable tarea de responderle a las innumerables situaciones fácticas que propenden desnaturalizar las directrices que rigen a la civilización, la misma que se muestra, siempre en progreso. Son distintos los niveles donde interviene el Derecho, y desde distintos enfoques procura que la persona, no pierda su dignidad ni esta sea mancillada por elementos de toda índole. El Derecho, en suma, va a perseguir siempre, el encuentro armonioso del libre pensamiento, el mismo, que debe predicarse en pro de la verdad, la paz, la justicia y la solidaridad. De hecho, durante el curso de la historia, se ha determinado que el Derecho, ha librado una serie de quebrantos, a los cuales ha vencido desde la razón, pues su fin último es el irrestricto respeto de los atributos de la personas en general, llámese, derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, al trabajo, etc.

Un ámbito inescindible para el Derecho, es el de Familia, entendida esta, como aquella institución interdisciplinaria en la que convergen vínculos sanguíneos y afines, con el objeto de perpetuar la humanidad. Entonces, desde una óptica estrictamente jurídica, la Familia, tiende a la trascendencia y la perdurabilidad en el tiempo, lo cual le ofrenda el privilegio de plena protección. No obstante lo anterior, se verifica que actualmente viene sufriendo una serie de actos, que llevan asumir que se ha dejado de lado, el privilegio que ostenta, desde su reconocimiento por el Derecho positivo. En otros términos, la Familia, enfrenta una crisis institucional, que bien puede calificarse como un atentado a sus bases ontológicas, afectando, indefectiblemente a su componente subjetivo, que siempre reclama una respuesta desde los distintos sectores, acorde a sus intereses, como el interés superior del niño. Con ello, indicamos, que la Familia, exige que el Derecho no sea ajeno a sus crecientes problemas, como el de la violencia que se despliega en su escenario más intrínseco, en el cual, el más vulnerable es el niño. El concepto que contiene los rasgos distintivos de la esencia de la Familia, ha sido desplazado de su lugar en la sociedad, y en su

lugar ha ingresado una terminología visada por el relativismo en su sentido más inexorable. En el curso de esta investigación, se aborda un problema que agrava la crisis de la institución de la Familia: El Síndrome de Alienación Parental (en adelante SAP).

El SAP es una realidad que por decir lo menos ensombrece a la institución de la familia, la lacera, al grado de fijarle un nuevo status, el de la ordinaria agresión a su núcleo histórico. Así pues, en la medida que avanza el tiempo, y los valores éticos se ven enfrentados a un sin número de dilemas, es indispensable reflexionar sobre la nociva e ineludible realidad que la familia presenta ante nuestra mirada, que parece haberse desviado hacia otro sendero, el de la indiferencia. No existe, si quiera un atisbo de que en la sociedad, y menos en el Estado se esté evaluando el panorama actual, con todos sus matices, de la Familia, especialmente en el contexto del problema, que en su oportunidad dio lugar a la presente investigación. En ese orden de ideas, se puede aseverar que el SAP, ha ganado espacio convirtiéndose en una innegable afectación del más débil. El SAP, es un mal, que no requiere de una advertencia inminente, para existir. Existe, en las relaciones cotidianas familiares más simples, lo cual, inevitablemente, lo convierte en una situación peligrosa, con alcances inimaginables, y a largo plazo. Su presencia, nos invita a que se le trate desde distintas ópticas, especialmente, desde el Derecho Penal, dado que como se sostiene más adelante, no son suficientes los otros medios de control social.

En aras de dar una respuesta categórica y justificar su inclusión como delito en el ordenamiento, se recurre a los fundamentos de la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber, según la cual, no se sanciona a una agente criminal, por el dominio fáctico que ostenta al desplegar su conducta delictuosa, sino porque al hacerlo, vulnera un deber especial impuesto por una institución extrapenal. Es decir, la configuración del SAP, que básicamente consiste, en daño a la integridad psicológica del menor por parte de uno de sus progenitores, para que odie al otro, es un delito que encuentra su sustento en la aplicación de la teoría del deber. Aquí el deber institucional que concede una competencia exclusiva a un sujeto, cobra vital relevancia, puesto que se procura, que el incumplimiento del deber no quede impune.

La presente investigación consta en tres partes: un marco metodológico que recoge los génesis del planteamiento del problema, la justificación, la hipótesis, objetivos y los antecedentes de las variables utilizadas para el marco teórico. La segunda parte la hemos denominado, marco conceptual y la hemos dividido en tres capítulos. En el primero nos hemos abocado a tratar la institución de la familia y la crisis que enfrenta, especialmente en las figuras del Divorcio, la patria potestad y el Síndrome de Alienación Parental. En el segundo capítulo hemos tratado de la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber. Y en el tercer capítulo hemos realizado un análisis de la relación que existe entre el Derecho Penal y la Violencia Familiar. Finalmente, proponemos la inclusión en el artículo 122-B del Código Penal, como conducta punible, el Síndrome de Alienación Parental.

PRIMERA PARTE
MARCO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. FORMULACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1.1. Tema y problema.

1.1.1.1. Planteamiento y formulación del problema.

Planteamiento:

Hay conductas constatables e ineludibles en la vida cotidiana de las personas frente a las cuales, aun, sin ostentar cualidad especial alguna, se tiene la suficiente competencia para no permitir que ocurra y queden en el plano de la inadvertencia. Es decir, nuestra primera tarea es advertir aquellos eventos que ameriten un atisbo, por lo menos general y proponer una solución legítima. Estas conductas se develan en todo tipo de las relaciones humanas, y dependiendo del escenario, se formulan las políticas de solución.

En un contexto más específico, un ámbito que nos compete a todos, sin duda, es el de la Familia. Esta última, es una institución de la cual emanan principios, derechos y deberes, que no pueden ser soslayados, porque su contenido, incluso va más allá del Derecho. En otras palabras, la familia por su singularidad, es una institución metajurídica, y por tanto, merece una atenta observación por parte de quienes nos consideramos con competencia frente a los problemas que en los albores del Siglo en curso, vienen acusándola y dejándola sin las suficientes herramientas para hacerles frente de manera idónea, y para proponer diversas soluciones, de tal modo, que no se vea en crisis la solidez de sus fundamentos. En suma, la mirada a la Familia es una tarea siempre impostergable.

En esta institución radica una diversidad de situaciones lesivas, que para efectos de la presente investigación, nos limitaremos a tratar, solo una, que consideramos, se ha convertido en una repudiable acción criminal, que afecta severamente las relaciones familiares, catalogándose como violencia familiar, tal como se señala en la doctrina. Por citar un ejemplo, tenemos a CHINCHILLA, quien advierte que *“Quienes ven divorcios son especialistas en lo que podría llamarse «peleas post amorosas». Se pelean los que van a ser excónyuges (...) arrojándose los hijos a la cabeza. Algunos dan apariencia de importarles los hijos*

*cuando en realidad lo que impera es el tema económico y los menores serán utilizados como una herramienta para conseguir una posición ventajosa en esta materia”.*¹

Esta última apreciación no es novedosa, y más para quienes se desempeñan en el Derecho de Familia atendiendo asuntos que involucran agresiones entre los miembros de un grupo familiar. Es un hecho innegable, y por supuesto, los agraviados de manera directa, son los menores, especialmente, cuando los padres enfrentan un proceso de Divorcio.

GUERRERO, advierte enfáticamente que, *los niños no deben ser quienes paguen las consecuencias de los rencores y la violencia soterrada entre sus padres. Lamentablemente, es común ver a un progenitor que maldice y vilifica al otro (ausente) frente a sus hijos. En sus batallas, mamás y papás buscan a veces transmitir a sus hijos -con tal de convertirlos en aliados incondicionales- el profundo odio que sienten hacia sus ex parejas.*² Esta es una innegable realidad

¹ CHINCHILLA, Antonia. El síndrome de alienación parental, Pisando charcos. Ubicado el 23 de v de 2016, obtenido en <http://vlex.com/vid/sindrome-alienacion-parental-575937906>. la autora, amplia en el siguiente tenor, He ahí el germen del llamado Síndrome de Alienación Parental –SAP para los entendidos–. Como todo síndrome es un conjunto de manifestaciones personales, familiares y sociales de clarísimo contenido patológico. Vamos a ser breves que tampoco hay que invadir territorios de otros profesionales ni cometer intrusismo aunque sea en un artículo escrito en INFORMACIÓN. Se trata, en resumen y hablando en plata, de que un progenitor, generalmente el que tiene al niño con él, el que posee la guardia y custodia, manipula al niño, le pone verde al otro progenitor, lo pone en su contra y hace lo posible y lo imposible para que el chiquillo –profunda e intensamente aleccionado– no quiera tener visitas con él, tenga un mal concepto de él e incluso llegue a odiarlo. Definido hace treinta años por el profesor Richard Gardner crece y se multiplica en nuestros días por la descerebración de unos padres que, para hacerse daño entre sí, no dudan en hacerle daño a sus hijos ignorando, pasando por alto, importándoles un bledo el hecho de que todo niño necesita para su normal desarrollo psicosocial una figura paterna y una figura materna firmes, prestigiosas, potentes, acogedoras porque en ellas copia, incluso de manera inconsciente, muchos perfiles de su personalidad. Denigrar al otro progenitor, impedir visitas, mercadear con ellas, denunciar falsa y persistentemente, programar al hijo para que odie al otro, no es una venganza contra el otro, es echar piedras sobre el tejado del hijo, piedras que muy difícilmente van a ser despejadas a lo largo de toda una vida y van a pesar como una losa en ella.

² GUERRERO GUTIÉRREZ, Eduardo. Alienación parental, ubicado el 26 –v–2016, obtenido en <http://vlex.com/vid/eduardo-guerrero-gutia-rrez-parental-524093578>. En la misma línea que el autor anterior, por su parte agrega que el "síndrome de alienación parental", es una vertiente de la violencia familiar, y ocurre cuando uno de los progenitores manipula a su hijo para generar en éste una aversión injustificada hacia el otro progenitor. El término fue acuñado en 1985 por el psiquiatra neoyorkino Richard Gardner, quien también estableció ocho criterios para identificar a quienes lo padecen, entre ellos: una campaña denigratoria contra uno de los padres; racionalizaciones absurdas o frívolas sobre tal campaña; utilización de escenarios y frases del progenitor alienador; y la denigración no sólo de un progenitor sino de toda su familia. Y asegura que persisten encendidos debates en los círculos académicos sobre la fundamentación científica del síndrome de alienación parental. En contraste, en los tribunales y juzgados de lo familiar, tanto en México como en otros países, hay un amplio consenso sobre la existencia y la relevancia del síndrome de alienación parental. Este consenso se debe a que los síntomas del síndrome -y las tensiones y secuelas que éste ocasiona en el desarrollo de los menores- son el pan de todos los días de los abogados, psicólogos y trabajadores sociales que participan en divorcios y juicios de guarda y custodia.

que no se puede tolerar, dado que el niño es ajeno a las discrepancias que existe entre sus padres. Es decir, el niño es incluido en una campaña de manipulación que lo único que persigue es que el otro progenitor reciba odio del primero por medio de su hijo. El hijo, especialmente, el menor de edad, se convierte en un instrumento.

MORÁN, apertura su reportaje titulado *“Programados para odiar a mamá y a papá”*, de publicado en el diario español El País, con una categórica reflexión al aducir que *“los hijos se convierten en un objeto de cristal cuando una pareja decide romper su relación. Cualquier desavenencia mal llevada puede dañarlos, pero en lugar de protegerlos, hay ocasiones en que uno de los progenitores los utiliza como arma arrojadiza contra el otro. Día a día, año tras año, les van programando para odiar al padre o a la madre. Los psicólogos conocen bien los resultados de este maltrato emocional que, en los casos más graves, puede acabar en suicidio. Un fenómeno que no siempre queda dibujado en la frialdad de una sentencia ni en los expedientes oficiales, pero ante el que existe cierta posibilidad de actuar”*³. Al igual que el autor anterior, afirma que se ha arraigado la instrumentalización de los hijos con tal que uno de los progenitores logre su cometido y que mejor, oponiendo en contra del otro, al hijo de ambos. Al final, el hijo se convierte en el vehículo de emociones negativas hacia uno de sus progenitores.

Además, en este reportaje, se recogen testimonios⁴, que no pueden ser ignorados, y más por los operadores del Derecho. Lo que está ocurriendo es tan

³MORAN, Carme. Programados para odiar a mamá y a papá, en el PAIS, ubicado el 26 -v-2016- obtenido en http://elpais.com/diario/2007/11/29/sociedad/1196290801_850215.html.

⁴Un testimonio conmovedor, es aquel en que relata el intento de un suicidio.

Dice MORAN: “El psicólogo Aguilar Cuenca conoce un caso de suicidio, el de un chaval que no soportó la presión. Se saltó las directrices inculcadas en su cerebro y reanudó la relación con el progenitor apartado de forma clandestina. Cuando el otro se enteró, el chaval no lo soportó. Se suicidó.” Y en el siguiente párrafo prosigue, “Yo también lo intenté (refiriéndose al intento del suicidio)”, afirma V. A. C. En apenas unos meses su madre cambió sus recuerdos de niña feliz, cuando iba al baloncesto con su padre, a jugar al hockey, las excursiones en el campo, por un odio visceral. “Mi madre era alcohólica, y me pegaba, pero yo la veía llorando, tirada en la cama, diciendo que el cabrón nos había abandonado, que todo lo que le pasaba era por su culpa, que nos había dejado en la ruina... Es muy fácil dominar a un crío, son tus padres, tu modelo, tu referente. Y te alías con el que ves más débil. Ella mandó a una persona que llamara a casa cada día haciéndose pasar por mi padre y nos amenazara”. Voy a matar a tu madre, decía la voz por teléfono y V. A. C. sentía que debía protegerla, luchar, sacarla del alcohol. Tenía 11 años.

En la enésima bronca etílica la madre la echó de casa y la policía llevó a la niña al domicilio del padre, pero no estaba. El hombre se enteró por los periódicos de que su hija había ingresado en un centro, pero daba igual, tampoco quería vivir con él. En aquella película le tocó el papel de malo.

serio, que el Estado no puede ser indiferente. Consideramos que se haga efectivo lo que la Constitución y el ordenamiento pretenden, esto es, que exista una auténtica protección y promoción de los Derechos que le asiste a la Familia.

Hasta aquí, nos hemos referido sobre el tratamiento coyuntural que tiene el SAP, el cual se ha instaurado como un problema complejo que aclama un inmediato tratamiento, no sólo desde la perspectiva de las ciencias de la salud mental, sino sobre todo desde el campo de la ciencia jurídica, puesto que sus efectos tienen como blanco el seno de la Familia, cuando en esta, los fundadores, inician una separación.

Líneas arriba hemos señalado lo que está ocurriendo con el Síndrome De Alienación Parental (en adelante SAP) y hemos dejado por sentado que es un problema que no puede seguir sin solución, pero para ello, hay que proponer una solución. En primer lugar, conociéndolo de modo integral, y en segundo lugar, utilizando el ángulo del Derecho más idóneo para proponer dicha solución, máxime si se corrobora, que la judicatura, ya ha tenido la oportunidad, de enfrentar un caso, donde existe agravio a un menor de edad, por el problema descrito. Así tenemos por ejemplo, el Expediente 00075-2012-0-1401-JR-FC-01⁵⁶⁷, en el cual se comprueba que está presente, y que no es ajeno a nuestra realidad.

La madre murió hace tres años: "Trombosis coronaria: antidepresivos, ansiolíticos, alcohol". Y a los 18, V. A. C., que ha contado con asistencia psicológica todos estos años, recuperó el contacto con su padre, con el que ahora mantiene una relación "muy especial. Él siempre ha estado ahí y es lo que más quiero en esta vida".

Tanto en el ámbito educativo como en el judicial, el síndrome empieza a tomarse en cuenta. Pero es mucho lo que puede impedir el progenitor que mantiene la guarda y custodia y poco lo que pueden hacer los padres y madres apartados aunque tengan una sentencia judicial a su favor para que, al menos, se cumpla un régimen de visitas. ¿Cuántas veces hay que denunciar a la policía que los niños no han venido, que el turno de visitas no se ha cumplido otra vez? Hasta que se tira la toalla.

⁵EXPEDIENTE 00075-2012-0-1401-JR-FC-01: primea instancia<, DECIMO TERCERO: Conforme es de verse del Informe Psicológico practicado al menor Gianmarco Ludwig por el psicólogo adscrito a este despacho que obra a fojas ciento cincuenta y siete, señala que se observa emocionalmente un niño con un cimentado Síndrome de Alienación Parental, de negatividad al cariño de su madre, donde se puede registrar, también que de forma consciente y posteriormente inconsciente el padre y demás familiares paternos alienadores han y están logrando inducir que el niño desvalorice, desprece la presencia y el acercamiento con su madre, hace un uso de un lenguaje, sentimientos y reacciones agresivas reprimidas hacia su madre, propias del uso de un adulto. El niño ha hecho propias las actitudes equivocadas de su padre, defendiéndolo en el presente conflicto de atención y protección de su integridad personal, se anota como apreciación profesional, menor con impreso Síndrome de Alienación Parental, progenitor y demás familiares paternos han inducido la desvalorización del menor por su madre, hecho considerado como un maltrato infantil y como sugerencia, que el padre alimente a su hijo con cariño, afecto, amor y acercamiento hacia su madre.-

Frente a ello, consideramos que debe ser tratado desde la perspectiva de los Delitos de Infracción de Deber, puesto que a grosso modo se puede afirmar, que cuando un padre lesiona la capacidad psíquica de su hijo para que se manifieste en sentido negativo a su otro progenitor, está indudablemente infringiendo un deber especial, el cual emana de una institución extrapenal, como es la Familia. De la Familia, surgen deberes especiales, en sentido positivo, tal como lo señala ROBLES PLANAS, cuando predica que *“los deberes positivos especiales, en cambio, se dirigen únicamente al portador de un “estatus especial” (p. un padre de familia).⁸* Son deberes especiales, en tanto importen respecto del sujeto una obligación cualificada la que no puede eludir, incluso esbozando argumentos razonables y justificados.

En la misma línea, KINDHÄUSER, enfatiza que se está frente a delitos de infracción de deber, *porque la doctrina actualmente dominante en la ciencia del derecho penal clasifica los hechos punibles en delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Los delitos de infracción de deber son delitos que sólo*

⁶EXPEDIENTE 00075-2012-0-1401-JR-FC-01: primera instancia; DECIMO CUARTO: Que, conforme es de verse de los informes del equipo multidisciplinario (informes sociales y psicológicos) antes descritos de la apreciación personal efectuada por el Juzgador en mérito al principio de inmediatez, se llega a establecer en autos que la personalidad y el entorno familiar, económico y social de la demandada permite vislumbrar que el menor dispone en el hogar materno de mejores condiciones estables para su crecimiento y desarrollo físico, psíquico y emocional adecuado, lo que debe valorarse con arreglo al principio del interés superior del niño, consagrado por el artículo noveno del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, a lo que se agrega que, el menor a la fecha cuenta con ocho años de edad, por el contrario el demandante ni su entorno familiar (padre, hermana, sobrinas) no resulta ser la persona idónea para que siga ejerciendo la tenencia de su menor hijo quien como consecuencia de un mal manejo en su crianza han cimentado en el menor el Síndrome de Alienación Parental, logrando en el menor, entre otros, ideas y sentimientos erróneos respecto a su madre a quien no ve hace mucho tiempo y debido a ello, la falta de una interrelación entre madre e hijo lo que viene perjudicando emocional y psicológicamente al citado menor.-

⁷EXPEDIENTE 00075-2012-0-1401-JR-FC-01: Segunda instancia; 8.2) En cuanto al síndrome de alienación parental se dice que consiste en el proceso destinado a romper el vínculo de los hijos con uno de sus progenitores. Es un fenómeno desencadenado por uno de los padres (generalmente la madre) en contra del otro progenitor (generalmente el padre), que surge en el contexto de las disputas por la custodia del hijo con una campaña de denigración de éste último que se despliega sobre el niño, llevada a cabo por el adoctrinamiento y la propia contribución del niño en el vilipendio de la imagen parental afectada. Esta circunstancia es provocada por el progenitor alienador mediante un mensaje y un programa, que constituyen lo que normalmente se denomina “lavado de cerebro”. De esta manera, los hijos sufren esta alienación parental desarrollan un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado que tiene consecuencias devastadoras en el desarrollo físico y psicológico de éstos. Consecuentemente, la alienación parental afecta también a los familiares del progenitor alienado como son: sus abuelos, tíos, primos, etc. Por eso, la alienación parental está considerada como una forma de maltrato infantil desde que es una estrategia desquiciante del progenitor orientador del rechazo, quien al cometer esta acción fortalece la negativa de los hijos de ver al otro padre, efectuando acusaciones sin ningún tipo de prueba legal; afectando gravemente el psiquismo de los hijos.

⁸ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal, InDret> 2013: Núm.: 4 ubicado el 14-[iv]2016, obtenido en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270184>

*pueden ser cometidos por determinadas personas, portadoras de un deber especial. En particular, aquí se trata de los delitos de funcionario público, así como de determinados delitos que presuponen una posición de garante.*⁹Consideramos, siguiendo la línea de este autor, que las personas portadoras de un deber especial, son los padres de familia. Este deber especial, consiste sustancialmente en el cuidado y la procura del bienestar pleno del menor, que es su hijo. Obviamente, aquel padre que lesiones este deber, será pasible de una sanción, no solo civil, sino penal.

Asimismo, TORRES ALZAMORA señala que *“la categoría dogmática de los delitos de infracción de deber no se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor”*¹⁰. Es decir, basta con la sola verificación del injusto, para determinar que hay una infracción del deber para imputar un resultado.

ALLER explica que en esta categoría de delitos, *“el autor es quien posee una específica posición en relación al bien jurídico, estando obligado a custodiar ese bien, sea como funcionario público, garante o administrador. Es autor quien incumple el deber especial que le incumbe independientemente de si ha tenido dominio del hecho”*¹¹. Para nuestro caso, el garante es el padre de familia, que se despoja de su función, para lesionar la salud mental de sus hijos.

Desde nuestra óptica, los Delitos de Infracción de Deber, no sólo se manifiestan objetivamente en los atentados contra la Administración Pública, sino, en los Delitos contra Vida, el Cuerpo y la Salud, en el marco de las relaciones familiares, dado que el sujeto activo, posee una cualidad especialísima, en virtud del título que ostenta y que queda fuera del ámbito penal, precisamente el de Padre.

⁹KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho. Revista de Estudios de la Justicia – N° 14 – Año 2011.

¹⁰TORRES ALZAMORA, Juan E.C. La participación en los delitos de infracción de deber. Centro de Estudios de Derecho Penal Universidad de San Martín de Porres, ubicado el 17 [v] 2016 , obtenido de http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/10_2011_DELITOS_INFRACCION.pdf

¹¹ALLER, Germán. Delito de infracción de deber. Ubicado el 17 [v] 2016 , obtenido en <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/aller-infraccion-de-deber.pdf>

En ese sentido, se puede aseverar que una forma de infringir un deber, se da con la configuración del SAP, el cual a decir de GARDNER, citado por ALASCIO CARRASCO constituye *un trastorno provocado por uno de los progenitores en el que el niño está “obsesionado” con denigrar injustificadamente o de manera exagerada al otro progenitor. Dicho de otro modo, y en palabras usadas por la jueza de Manresa, es “el proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos con el objeto de destruir los vínculos con el otro progenitor”*¹². La conciencia del niño, se torna en una fuente de rechazo a uno de sus progenitores.

Una definición más integral nos ofrece, ESCUDERO, AGUILAR Y DE LA CRUZ al conceptualarlo como *un trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias con atribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo*¹³. Con esta definición queda claro, que el SAP se puede configurar en el curso de un proceso de tenencia, custodia o tuición, aunque esto último no es exclusivo o determinante.

Hasta aquí hemos reseñado lo que sucede y lo que es el SAP, y escuetamente hemos acogido la teoría de los Delitos de Infracción del Deber, como la herramienta para proponer la solución a la que aspiramos. Dicha solución estriba, en que debe quedar definido que se ha concretado un daño irreversible en la salud psíquica del menor, y en la relación paterno-filial del menor y el progenitor alienado. Atendiendo ello, proponemos a la luz, del Interés Superior del Niño, y a la estrecha relación que guarda la el Derecho de Familia, la Violencia Familiar y el Derecho Penal, que la conducta, del padre alienador, no quede impune, y se le sancione no sólo civilmente, como ocurre en el marco de los procesos de tenencia o régimen de visitas sino que el Estado, en su afán de garantizar principios y

¹²ALASCIO CARRASCO, Laura. El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI n° 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007.

¹³ ESCUDERO, AGUILAR, Lola y DE LA CRUZ, Julia. La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): «terapia de la amenaza» <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v28n2/v28n2a04.pdf>

Derechos Fundamentales de las familias, especialmente de los niños, despliegue su *ius puniendi* y castigue a quien incumple de manera dolosa su deber.

Este propósito, tendrá concreción una vez calificada como conducta delictual y por consiguiente prescrita por la norma penal sustantiva según la cual, uno de los padres *aliena* a su menor hijo, para que rechace al otro.

Así pues, habrá que añadirse un tipo penal específico en el Título I, referido a los Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, del Libro Segundo del Código Penal, una modificatoria a la LEY N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y al Código de los Niños y de los Adolescentes.

Por tanto formulamos el siguiente problema, con el siguiente tenor: ***¿Cómo deberá regularse el Síndrome de Alienación Parental, en el ordenamiento penal peruano teniendo como fundamento la teoría de los delitos de infracción de deber?***

1. 2. Hipótesis

Si en los Delitos de Infracción de Deber el agente lesiona un deber específico, el cual emana de una institución como la Familia y lo identifica como obligado especial frente a la víctima y el Síndrome de Alienación Parental constituye una afectación a la integridad psíquica del menor por parte de uno de los progenitores, infringiendo así su deber de protección, *entonces* debe regularse en el ordenamiento penal peruano, como conducta ilícita y así no quede impune como ocurre en la actualidad.

1. 3. Objetivos

a) Objetivo General:

Proponer, la regulación en el ordenamiento penal peruano como delito aquella conducta del progenitor que configure el Síndrome de Alienación Parental, desde la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber, para que no quede impune el daño que los padres producen en la integridad psíquica de sus hijos.

b) Objetivos específicos:

Analizar el marco conceptual del Síndrome de Alienación Parental en el marco del Derecho de Familia y las figuras del Divorcio, Patria Potestad, Tenencia y Régimen de Visitas, para que partir de una valoración objetiva del mismo, comprender su influencia en la ciencia jurídica.

Analizar los conceptos de la teoría de los Delitos de Infracción de Deber y su influencia en el vigente ordenamiento penal, para adoptarla como fundamento dogmático de la regulación del Síndrome de Alienación Parental.

Formular la regulación típica a partir de la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber en el ordenamiento penal peruano del Síndrome de Alienación Parental.

1.4. Justificación

1.4.1. Motivación.

1.4.2. Una historia conocida.

Y el juez le preguntó, con quién deseas vivir. Su mirada se fijó en el rostro de su madre. La madre imaginaba la respuesta. Ya sabía a qué atenerse. Sabía que la fortuna no la acompañaría aquel día. La alegría de ser madre hacía tiempo que se había esfumado. Y sus lágrimas habían dejado desértica su alma. Ya no podía llorar más. El suplicio que la acongojaba era incomparable. Y escuchar de su niño que prefería al padre, la desmoronó.

--Con mi papi--, fue la respuesta del niño.

El padre se sentía victorioso. Había ganado. La decisión de juez fue como se presumía, la tenencia quedaba con el padre. La madre visitaría a su hijo en vacaciones del verano.

Se llegaron las primeras vacaciones. La madre había anhelado que llegue el primer día, como si fuese el parto mismo. Vería a su hijo, y eso la haría renacer. Eso le daría esperanza. Eso le daría vida.

Se acercó al niño. Y el niño echo a correr, llorando. Le tenía miedo. La madre no podía comprender la actitud de su hijo. Ahora era causa de desequilibrio mental de su propio hijo. Todo le parecía increíble. Una pesadilla.

La historia que precede no es novedosa ni mucho menos original. Es una historia que envuelve muchas familias del país y del mundo. La familia es la protagonista de similares situaciones. Un niño que no quiere a uno de sus padres, porque el otro, ha influido para que no lo quiera, más por el contrario le tenga miedo.

1.4.3. No somos indiferentes, por eso.

Sigmund Freud, dijo: *No puedo pensar en ninguna necesidad en la infancia tan fuerte como la necesidad de protección de un padre.* Y es que no se puede pensar de otro modo. ¿Quién es un padre? Aquel sujeto cuya elemental obligación es proteger a sus hijos. Pero ¿qué ocurre si no les protege, más aún, si dolosamente les causa un daño irreversible y altera su integridad psíquica? Simplemente, incumple con su deber de padre. Y al incumplir con su deber institucional de padre, ¿debe responder por ello? Desde luego que sí. ¿Cómo? Como autor de una infracción de un deber, específicamente, por ser el sujeto que provoca el SAP, el cual debe regularse en el ordenamiento a fin de no quede impune. Consideramos que el fundamento de dicha regulación consiste que por el solo hecho de ser una infracción de deber, ya se estaría configurando un injusto penal, tal como lo asume autorizada doctrina nacional, cuando señala que:

“El delito especial es, por el contrario, un delito de infracción de un deber si el fundamento de la imputación no está en el dominio del riesgo, sino en la infracción de un deber institucional. Si el padre deja morir ahogado a su hijo de apenas seis años de edad en la piscina, la imputación penal no se hará por el dominio del riesgo prohibido, sino por la infracción de un deber especial de auxilio que surge de la relación paterno-filial constituida por la institución social de la familia. Al obligado institucional se le hace penalmente responsable por haber dejado de cumplir con el deber específico impuesto por la institución social correspondiente que, en este caso, consiste en el cuidado de la persona y patrimonio de los hijos que se encuentran bajo la patria potestad”.

Con semejante razonamiento, el profesor GARCÍA CAVERO¹⁴, deja por sentado, cual es el escenario, en el que se desarrolla los Delitos Especiales, y enfatiza, que estos concurren en el marco de las relaciones paterno filiales. Es decir, un Delito de Infracción de Deber. Pero cómo podríamos, en el contexto actual, verificar, la existencia de estos delitos, especialmente el marco de una relación paterno filial. Consideramos, cuando se configura el SAP.

La citada problemática no debe ser ajena a la evolución del Derecho, dado que actualmente en su seno la Familia la alberga y parece escapar a una solución práctica. Esta problemática, tiene como muchos otros problemas, su raíz en la institución misma. Y uno de los problemas que afectan dicha institución es el precitado SAP. Este síndrome, una vez más a decir de VILLALTA SUÁREZ es “una alteración que usualmente aparece en el contexto de un divorcio, en la que el niño desprecia y crítica a uno de sus progenitores, cuando tal valoración negativa está injustificada o es exagerada. En el SAP un progenitor programa mentalmente al hijo para que rechace al otro. Este rechazo es un proceso complejo, en el que juegan su papel ambos padres y el hijo”¹⁵.

En esa misma línea GUERRERO GUTIÉRREZ¹⁶ dice que el SAP es una vertiente de la Violencia Familiar, y ocurre cuando uno de los progenitores manipula a su hijo para generar en éste una aversión injustificada hacia el otro progenitor.

A partir de lo anterior se colige que al influir en el hijo para que odie a uno de sus progenitores, el progenitor influyente infringe dolosamente uno de sus deberes institucionales como padre, esto es, proveer del cuidado óptimo para que el niño se desarrolle en condiciones de bienestar pleno.

¹⁴GARCÍA CAVERO, Percy. La pena del partícipe EXTRANEUS en los delitos especiales. La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú. EN Anuario de Derecho Penal 2009. Ubicado el 17 -[iv]-2016, obtenido en http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/PERCY+GARCIA+CAVERO/WW/vid/380366014/graphical_version

¹⁵VILLALTA SUÁREZ, Ramón J. Descripción del Síndrome de Alienación Parental en una muestra forense, en Psicothema 2011. Vol. 23, N° 4, ubicado el 16.[xii].2015, obtenido en <http://www.psicothema.com/pdf/3934.pdf>

¹⁶GUERRERO GUTIERREZ, Eduardo. Op Cit.

Por ello, siendo testigos de su evolución en el marco del derecho de familia y del derecho penal, pretendemos contribuir a que el estado, desde sus instituciones, le dé una solución al problema, tal como hemos señalado líneas arriba.

1.5. Revisión de la literatura.

1.5.1. Antecedentes de estudio.

A) Datos:

TESIS: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Los delitos especiales. Tesis para optar el grado de doctor, España, universidad de Barcelona. 2003.

Resumen

La investigación se divide en tres Partes. La primera parte se ocupa del concepto de Delito Especial. En ella se defiende un concepto de delito especial simple y dependiente de la autoría y la tentativa. Lo primero obedece a la pluralidad de fundamentos de los delitos especiales. Lo segundo, por una parte, a que no cualquier concepto de autor, sino sólo un concepto restrictivo es compatible con el concepto de delito especial; y, por otra, a que, aunque ello no es lógicamente necesario, resulta conceptualmente conveniente definir los delitos especiales teniendo en cuenta la solución de los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo.

La segunda parte tiene por objeto el análisis del fundamento de los delitos especiales. distingue entre tres clases de delitos especiales en atención a su fundamento: los que se basan en el incumplimiento de una función social institucionalizada (por ejemplo, los delitos de funcionario); los que se fundamentan en el incumplimiento de una función social no institucionalizada (por ejemplo, el delito de vulneración de secreto profesional); y, por último, los delitos especiales en que la limitación del círculo de posibles autores no se debe a ninguna de aquellas dos razones (por ejemplo, el delito de alzamiento de bienes). En las dos primeras clases de delitos especiales, la intervención de un extraneus deberá ser castigada con una pena inferior a la del intraneus por su menor accesibilidad al bien jurídico. En cambio, ello no ocurre en la tercera clase de delitos especiales,

pues no puede afirmarse que en estos supuestos el contenido de antijuricidad de su conducta sea inferior.

En la tercera parte profundiza en la conveniencia de un concepto de delito especial dependiente de la tentativa a partir del análisis de la cuestión relativa a la punibilidad de los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo. Dicho análisis revela que estos casos no deben quedar impunes. La principal consecuencia de esta circunstancia consiste en una definición de los delitos especiales que lo presente como aquellos delitos que sólo pueden ser cometidos a título de autoría, en grado de consumación o de tentativa idónea, por los intranei.

Relación con el tema y su pertinencia en la investigación.

Esta fuente, será de gran utilidad a la investigación que desarrollaremos toda vez que el autor realiza un análisis completo de los delitos especiales, cuyo contenido servirá como base para regular el síndrome de alienación parental como delito en el Perú.

B) Datos.

TESIS: Bolaños Cartujo, José Ignacio. Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental en procesos de Separación y Divorcio. Diseño y aplicación de un programa piloto de Mediación Familiar. Universitat Autònoma de Barcelona, España, 2002.

Resumen.

El SAP fue propuesto por Richard A. Gardner (1985) como una alteración que ocurre en algunas rupturas conyugales muy conflictivas. En ella, los hijos están preocupados en censurar, criticar y rechazar a uno de sus progenitores, descalificación que es injustificada y/o exagerada. La negativa de los hijos para relacionarse con uno de sus progenitores adquiere auténtica trascendencia en el momento en que se expresa en un juzgado y los mecanismos jurídicos y judiciales entran en funcionamiento. Se desencadena entonces una serie de acusaciones, búsquedas de explicaciones y acciones encaminadas a resolver el problema que hacen que la instancia judicial se convierta en parte del mismo en la medida en que adquiere la responsabilidad de garantizar o hacer cumplir una

relación paterno-filial que la dinámica familiar está impidiendo. Esta participación hace que debamos incluirla como un elemento de vital importancia en los componentes que definen el síndrome.

Por otro lado, la intervención judicial tiende paradójicamente a alienar aún más al progenitor alienado, quien se ve relegado a un segundo plano, colocándose entre él y su hijo una nueva y potente figura autoritaria que, en buena medida, sustituirá algunas de sus funciones. El progenitor alienado reclama y exige esta intervención con lo que también contribuye a mantener su situación.

El autor concibe el problema como el resultado de una interacción entre factores personales, familiares y legales. Las alternativas de solución contemplan dichos elementos. Una intervención judicial por sí misma o una intervención psicosocial aislada del contexto legal podrían ser insuficientes. En este sentido, la mediación familiar, entendida como un abordaje psicojurídico de conflictos psicojurídicos podría constituir un enfoque más próximo. Habla de una mediación adaptada a la realidad generada tras el inicio de un proceso legal contencioso, donde las diferencias y los desacuerdos se han convertido en posiciones de una disputa judicial que habitualmente poco tienen que ver con las auténticas necesidades de las partes en conflicto, y de una mediación que va más allá de la simple facilitación de procesos de negociación, otorgando importancia a la creación de un contexto familiar cooperativo que abra la posibilidad de una transformación en el proceso conflictivo. Este planteamiento de mediación debe considerarse en relación directa al contexto judicial, desarrollándose en el mismo o con una vinculación muy estrecha que permita una auténtica orientación psico-jurídica conjunta.

Relación con el tema.

Esta fuente importa a la investigación datos preclaros acerca de la materia que pretendemos regular como conducta típica, antijurídica y culpable en la normativa penal. Lo que se percibe en la presente fuente, es una investigación minuciosa acerca del problema del SAP.

1.5.2. Análisis de fuentes.

La presente investigación la desarrollaremos en el marco de dos variables, a saber, por un lado la variable del síndrome de alienación parental, circunscrita al primer objetivo específico y por otro, la variable de los delitos de infracción de deber, circunscrita al segundo objetivo específico. Para ello, brevemente de a mano de la doctrina conceptualizamos cada una de ellas.

Variable: El Síndrome de Alienación Parental.

Esta variable es la del problema concreto, toda vez que postulamos que se debe regular en el ordenamiento penal peruano, como conducta delictiva, y ello, porque se ha convertido en un problema que afecta la integridad psíquica de los hijos menores de edad. Sobre este fenómeno son muchas las opiniones que se han esbozado; así tenemos, en primer lugar, a VERDERA IZQUIERDO quien citando a Pérez concluye que el SAP, es *«el conjunto de síntomas que resultan del proceso en el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor»*¹⁷. En suma, el síndrome se identifica a partir de aquellas conductas mediante las cuales un niño rechaza a su progenitor.

HOWARD, enfatiza que se trata de una *serie de comportamientos, artulugios o estratagemas que adopta aquella persona a la cual se le confió la custodia de sus hijos destinados a obstaculizar o entorpecer infundadamente que se genere o conserve una relación afectiva estrecha con el otro padre (o su familia ampliada), de forma que en modo egoísta obran sobre la psiquis de aquéllos, provocando un apartamiento radical de la rama familiar que sólo tiene atribuido un régimen de comunicaciones y visitas.*¹⁸ Es decir, el alienador se esconde detrás del niño para desarrollar vejámenes n contra de su pareja.

¹⁷VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar, Dykinson, Madrid, 2013.

¹⁸ Cfr. HOWARD, Walter, El Síndrome De Alienación Parental, ubicado el 27-vi-2016, obtenido en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/10/Howard-El-sindrome-de-alienacion-parental.pdf>

Desde otra perspectiva SEGURA, C; GIL, MJ; y SEPÚLVEDA, MA, aducen que cuando el SAP entra en contacto con el sistema legal se convierte en un Síndrome Jurídico Familiar en el que los abogados, jueces, peritos y otros profesionales vinculados adquieren responsabilidad en su continuidad. La negativa de los hijos adquiere auténtica trascendencia cuando se expresa en un juzgado, ya que se desencadenan entonces acusaciones, búsquedas de explicaciones y acciones encaminadas a resolver el problema que hace que la instancia judicial se convierta en parte para resolver el mismo, de tal manera que debemos incluirla como un elemento de vital importancia de los componentes del Síndrome. El sistema judicial, con la intervención de los letrados, por el privilegiado lugar que ocupan tanto para mantener como agravar el SAP podría incluirse dentro del maltrato institucional, si es que claro está, no se garantiza los intereses del menor.¹⁹

Clínicamente MAIDA S., determina que el SAP, es un trastorno que se presenta en la niñez y que surge casi exclusivamente en el contexto de una disputa por la custodia del niño. Su manifestación primaria es una campaña de denigración de un progenitor anteriormente querido por el niño, a la que se agregan elementos que el propio niño aporta para alejarse cada vez más del progenitor alienado. *Este concepto no se aplica a casos de maltrato físico o abuso infantil, en los cuales la animosidad y el temor del niño hacia un progenitor, se justifican.*²⁰

Desde su descripción inicial, este síndrome ha sido esgrimido con frecuencia en los tribunales cuando se batalla por la custodia de los niños. Algunos abogados dicen que tras la acusación de SAP, se pretende ocultar un caso de maltrato infantil, mientras que otros aducen que la contraparte quiere lograr la custodia única del niño. En su momento, el mismo Gardner fue objeto de descrédito pues se decía que amparaba a los padres agresores.

¹⁹ Cfr. SEGURA, C; GIL, MJ; y SEPÚLVEDA, MA. El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil ubicado el 27-vi-2016, obtenido en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1135-76062006000100009&script=sci_arttext&tlng=en

²⁰ Cfr. MAIDA S., Ana Margarita; HERSKOVIC M., Viviana, PRADO A, Bernardita. Síndrome de alienación parental, Rev. chil. pediatr. vol.82 no.6 Santiago dic. 2011, ubicado el 27-vi-2016, obtenido en, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0370-41062011000600002&script=sci_arttext&tlng=en

En el marco de la separación puede ocurrir que el progenitor alejado del menor, tenga una endeble relación con este, en cuyo caso podría entenderse que el menor no quiera ver a su padre, pero como bien los señala GARCÍA GARNICA cuando el único o principal hecho objetivo sea el rechazo, la negativa o incluso el temor manifestado por un hijo con respecto a uno de sus progenitores, el principal problema será averiguar cuál es la causa de ese rechazo o temor. Para ello, los Jueces y Tribunales contarán con la asistencia de informes periciales. No obstante, igual que el Derecho no es una ciencia exacta, tampoco lo es la psicología ni la medicina. En este sentido, los especialistas nos advierten que ante iguales situaciones (abusos, malos tratos, etc.) no todos los individuos reaccionan de la misma manera. Por ello habrá que evaluar de manera objetiva y atendiendo el caso concreto se calificara tal o cual conducta configura el síndrome ya referido.²¹

Pero la doctrina no es la única fuente que trata al SAP, de manera cada vez más reiterada, lo hace la jurisprudencia comparada, recurriendo a dicha figura para tutelar el bien que suponga asumir la preponderancia del Interés Superior del Niño, dejando en claro *que, el Síndrome de Alienación Parental, cambia la percepción que tiene un niño, respecto del progenitor con el cual no vive, y que en definitiva desemboca en la negativa de éste de querer relacionarse de cualquier forma con aquél. La conciencia del niño, que cree auto impuesta, no es otra cosa que el resultado de la manipulación de la cual ha sido víctima, con el objeto de generar confrontación con uno de sus padres en forma injustificada*²². Es decir, lo que la corte está aseverando, es que por este síndrome, el niño le guarda sentimiento de rechazo al progenitor con quien no vive, por influencia del progenitor vive con él.

De la misma manera que la sentencia precedente, la jurisprudencia colombiana, advierte que en términos generales, el SAP consiste en que, ante el evidente rechazo (separación, divorcio) por parte de un cónyuge, el otro, que se niega a aceptar ese hecho, acude, a modo de retaliación, a manipular a los hijos, sin

²¹ Cfr. GARCÍA GARNICA, María Del Carmen. ubicado el 27-vi-2016, obtenido en, file:///C:/Documents%20and%20Settings/ciber13/Mis%20documentos/Downloads/Dialnet,ElSindromeDeAli neacionParentalALaLuzDelInteresSupe-3150300.pdf

²² Cfr. CAUSA N° 1414/2013 (FAMILIA). RESOLUCIÓN N° 394875 DE CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, DE 27 DE AGOSTO DE 2013.

reparar en si les causa daño o no, en tanto lo único que le interesa es volverlos en contra de aquel, para que lo repelan y lo acusen de ser el causante del daño causado.²³

Variable: Los delitos de infracción de deber.

Estamos convencido que la teoría óptima para dar solución al problema planteado es la de los delitos de infracción de deber. La doctrina respecto del tema dice que *la esencia de los delitos especiales en sentido estricto, radica en la infracción de un deber de naturaleza institucional, sin importar las consideraciones de dominio, siendo posible entonces que pueda ser autor quien en absoluto domina el hecho y no serlo quien lo domina. Por ello, un delito de infracción de deber no puede ser cometido por una persona no vinculada institucionalmente, por más que domine el hecho, debido a que el mandato de la norma se dirige a una persona que posee un estatus especial, sometido a una institución, y en consecuencia se le exige el cuidado solidario del bien jurídico que deba ser protegido por dicha institución*²⁴. De esta definición podemos deducir que para que se configure un delito de infracción de deber, debe existir previamente una institución, que en nuestro caso será la familia. Además, para que se configure un delito de semejante naturaleza, bastara que se infrinja el deber impuesto por la institución sin importar si el agente domino el hecho.

Por su parte FIGUEROA ORTEGA señala que *los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikten) son una categoría específica de hechos punibles, en los cuales el autor quebranta deberes especiales, identificándoseles por ello con los delitos especiales. No se trata entonces de la infracción de cualquier deber, sino deberes con específicas características. Siendo así, no todos los delitos podrían considerarse como de infracción de deber. Solo el que tuviera determinadas atribuciones podría ser autor de estos delitos, no cualquier sujeto*²⁵. Es decir, los delitos de infracción de deber son delito especiales, por la inescindible relación

²³ Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal N° 40455 de 25 de Septiembre de 2013 Bogotá, D. C., VEINTICINCO (25) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013).

²⁴ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald Henry. La participación en los delitos de infracción de deber. Problemas dogmáticos y una propuesta de solución, Editorial Académica Española, 2011.

²⁵ FIGUEROA ORTEGA, Yván. Delitos de infracción de deber, Dykinson, Madrid, 2008, p 26.

que existe entre el agente y la víctima, pero sobre todo con la institución a la que se le quebranta.

ROXÍN, citado por PARIONA ARANA, señala que el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor, siendo este, de carácter extrapenal, pues se encuentra como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización pues se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho, como en la rama de derecho de familia. En nuestro trabajo, el deber especial que se infringe con la actuación del progenitor alienante es aquel estatus de protector frente a la institución de la familia.²⁶

JAKOBS citado por CARO JHON, agrega *que la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal.*²⁷

Para BACIGALUPO, *en los delitos de infracción de deber la competencia del autor se encuentra fundada en la lesión de deberes protegidos institucionalmente.*²⁸

1.6. Metodología.

En primer lugar, hay que señalar que la presente investigación tiene un enfoque cualitativo, es decir que la valoración que recaiga sobre ella, ha de hacerse según contenga en su desarrollo científico, fuentes de carácter dogmático, jurisprudencial y normativo.

²⁶ PARIONA ARANA, Raúl B. el delito de peculado como delito de infracción de deber. Ubicado [24-vi-2016] obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/14_El_delito_de_peculado_como_delito_de_infraccion_de_deber.pdf

²⁷ CARO JOHN, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Ubicado el 23 [vi] 2016, obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

²⁸ BACIGALUPO, Enrique. Los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber. Ubicado el 23 [vi] 2016, obtenido en <http://www.iestudiospenales.com.ar/parte-general/doctrina/140-bacigalupo-enrique-tentativa-fracasada-en-derecho-penal.html>

En segundo lugar, es menester añadir, que las fuentes que darán sustento a la investigación, son acordes a la problemática planteada, es decir, han sido escogidas en función de las variables, tanto para el desarrollo del contenido y para el aporte de la tesis a la realidad académica.

En tercer lugar, hemos de agregar, que la consulta de las fuentes para viabilizar el contenido de las variables, se ha hecho recurriendo a técnicas de estudio como lo ordena los estándares de la investigación universitaria en la actualidad.

En cuarto lugar, hemos de señalar que dichas técnicas son, desde una lectura veloz de las distintas fuentes, pasando por el subrayado, el resumen, mapas conceptuales, y la selección de ideas principales y secundarias, y el paráfrasis de la citas, tal como se podrá corroborar en la lectura de la investigación que

En quinto lugar, la investigación estará dirigida por la asesoría de un docente del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Escuela De Derecho, del Área de Derecho Penal y Procesal Penal, sin perjuicio de que en su oportunidad y para mayor prolijidad de la investigación se acudirá a otras opiniones académicas que coadyuven a la construcción de una autentica investigación universitaria.

SEGUNDA PARTE
MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO: LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA Y EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL.

I. Introducción al concepto de Familia.

1.1. Derecho de Familia: Líneas generales.

Antes de abordar conceptualmente al SAP, debemos repasar los conceptos previos de Derecho de Familia, de la familia en sentido estricto, y de las figuras como Divorcio, Tenencia y Patria Potestad, todo ello en función de contextualizar dicho síndrome en un escenario concreto.

En primer lugar, al Derecho de Familia se le puede definir subjetiva y objetivamente. Es subjetivo cuando se refiere que regula aquellas facultades que nacen de las relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar. Y objetivamente, es “el conjunto de normas y preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia”. Entonces el Derecho de Familia, es una rama que eminentemente regula las relaciones familiares en tanto se supediten a la natural tendencia de permanecer en el tiempo y en pro de la familia como institución en sí²⁹.

ACEDO PENCO señala que el Derecho de Familia es una de las *subramas* del Derecho civil, ya que contiene *normas, reglas y principios* que se aplican al individuo en sus relaciones familiares y en los conflictos surgidos con motivo de éstas, por lo que, al tratarse de relaciones entre particulares, se incardina dentro del Derecho privado, sin que obste la implicación de ciertos matices de *iuscogens*³⁰. Así pues, el Derecho de Familia, principalmente persigue asegurar el correcto desarrollo de las relaciones familiares³¹.

²⁹ Cfr. RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2010, p, 14.

³⁰ Son normas *ius cogens*, aquellas de índole internacional cuyo contenido es imperativo sin permitir alguna transformación por parte del legislador interno.

³¹ Cfr. ACEDO PENCO, Ángel. Derecho de familia. Editorial Dykinson, España, 2013, p, 26

Por su parte, ESPINOSA INFANTE, dice que *“el Derecho de Familia puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la Familia entre sí y respecto a los terceros, en todos sus aspectos de Derecho privado”*³². Esta definición permite aseverar que las relaciones familiares, no son aisladas, por el contrario se desenvuelven siempre en relación a otros, llámese relación de alteridad. La Familia es con relación a otros. Y esta relación es reconocida por el Derecho. Claro está que aun no existiendo el Derecho, las relaciones familiares van a existir indefectiblemente.

VELA SANCHEZ³³, citando a LASARTE señala que el Derecho de Familia es el "conjunto de reglas de mediación y organización familiar de carácter estructural" y citando a O'CALLAGHAN o el "conjunto de normas jurídicas que regulan la familia en todos sus aspectos de Derecho privado" para afirmar, que el Derecho de Familia es definitivamente de carácter privado. No obstante ello, podemos asegurar, que la privaticidad del Derecho de Familia no es absoluta, dado que las relaciones familiares trascienden al ámbito estrictamente privado. El autor precitado indica que el contenido esencial del Derecho de Familia puede resumirse en la regulación del matrimonio y de sus eventuales situaciones de crisis. Es decir, una indudable realidad de la vida conyugal es la eventual situación crítica que la pareja puede enfrentar. El Derecho esta, en ese sentido, orientado para señalar cuales son los derechos y deberes propios de la pareja, pero también, para indicar cuales son los derechos en la etapa crítica de la Familia.

También forma parte del contenido del Derecho de Familia, las relaciones entre padres e hijos, esto es, la filiación. Esta institución es para nosotros de carácter central en tanto se verifica que con ella, se reconoce las relaciones entre padres e hijos, garantizando derechos fundamentales de los niños, como la identidad, la salud, la educación, el recreo, la vestimenta, la vivienda, los alimentos y el bienestar en general.

³²ESPINOSA INFANTE, José Miguel. Derecho de Familia. Contestaciones al Programa de Oposiciones a Notarias, Editorial Dykinson, España, p 22.

³³VELA SÁNCHEZ, Antonio J. Derecho Civil para el Grado IV. Derecho de Familia, Editorial Dykinson, España, p 23.

Las instituciones tutelares sustitutivas de la Patria Potestad, también forman parte de su contenido esencial, y el Derecho ha tratado de preceptuar normas donde se procure el bienestar pleno de los niños. Sobre la patria potestad, trataremos más adelante.³⁴

Un autor como O'CALLAGHAN coincidiendo con el autor precedente dice que el Derecho de Familia comprende esencialmente tres aspectos: el matrimonio, la filiación y la tutela. Y agrega, que el matrimonio incluye, su celebración; sus efectos personales y económicos (que incluye los regímenes económico-matrimoniales), y las situaciones de crisis: nulidad, separación y divorcio. Que La filiación comprende: la matrimonial; la extramatrimonial, y la adoptiva, así como la patria potestad. Y la tutela se refiere a la guarda y protección de menores o incapacitados no sujetos a la patria potestad³⁵.

Hasta aquí hemos reseñado brevemente en qué consiste el Derecho de Familia y cuál es su contenido esencial. Conviene en este punto referirnos a sus rasgos distintivos para luego tratar de manera más concisa la Institución de la Familia y algunas de sus instituciones, todo ello, en función, como hemos dicho, para contextualizar de modo idóneo al SAP. En primer lugar, se caracteriza, por el inescindible contenido moral de sus normas, donde impera la influencia de principios o de convenciones sociales. Se caracteriza también porque sus normas están destinadas a regular prevalentemente las relaciones personales y del interés supra-individual. Otra característica de esta rama del Derecho es que normalmente, no puede hablarse de derechos subjetivos, sino de potestades, es decir, de poderes concedidos para cumplir ciertos deberes. Estos poderes son personalísimos, indisponibles, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, de ahí que no tenga cabida la institución de la representación, ni las condiciones modales como el plazo o el modo.

El Derecho de Familia por tanto, es una rama que se caracteriza por la arraigada motivación moral que contiene cada una de sus reglas, y ello es así, porque las

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ O'CALLAGHAN, Xavier. Familia. Derecho de familia. Su naturaleza y caracteres, en Compendio de Derecho Civil. Tomo 4 (Derecho de familia), Edersa, 2004, p. 02.

instituciones familiares no son posteriores al Derecho, sino que preexisten a este. No está demás señalar, que el Derecho de Familia, es netamente, un derecho de intereses personales, pero sobre todo de intereses colectivos que persigan un fin altruista u filantrópico.

Ahondando más, en las características que singularizan al Derecho de Familia, y recurriendo a RAMOS PAZOS, es menester agregar las consecuencias que automáticamente se derivan de estas, como es el carácter imperativo que rodea a sus normas, que no existe una aplicación inmediata del principio de autonomía de voluntad, puesto que no es un Derecho eminentemente patrimonial como otras ramas del Derecho privado; que las relaciones de estado familiar son, en buena medida, derechos y deberes y los derechos de la familia son en sí y por regla general inalienables, intrasmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.³⁶

Como se ha señalado supra, el Derecho de Familia tiene instituciones que le preexisten y lo único que este hace, es reconocerlas para salvaguardar su eficacia. La institución elemental del Derecho de Familia es la Familia misma.

1.2. La Institución de la Familia.

1.2.1 Enfoques y Concepto.

Son diversos los enfoques del término Familia. Así tenemos, en primer lugar, un enfoque etimológico, según el cual “familia” *procede de la voz familia, por derivación de famulus, que a su vez deriva del osco “famel”, que significa siervo, y más remotamente del sánscrito cama, hogar o habitación, significando por consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa. Por eso es que en sentido vulgar, todavía se habla de familia para referirse a las personas que moran bajo un mismo techo, sometidos a la dirección y recursos del jefe de la casa.*³⁷ Desde luego este concepto ha ido perdiendo su connotación al grado de quedar para el ámbito histórico.

³⁶ Cfr. RAMOS PAZOS, René. Óp. cit.

³⁷ *Ibíd.*

Para MEDINA PABÓN³⁸, la Familia es un sistema de convivencia social de los seres humanos que permite obtener la mayoría de las ventajas de la vida en sociedad. Para ULPIANO era un claro mandato del Derecho Natural: "(...) De aquí proviene la conjunción del macho y de la hembra que llamamos matrimonio; de aquí la procreación y la educación de los hijos, porque vemos que los demás animales, hasta las fieras, se rigen por el conocimiento de este derecho". Es decir la familia, se instaura a partir de la constitución del matrimonio, institución que posee un anclaje en el Derecho Natural, y osamos al aseverar, que dicho fundamento corresponde a la aplicación de una ley natural, arraigada en la conciencia del hombre, la cual no puede ser calificada como una realidad indiferente.

En palabras de O'CALLAGHAN, la Familia *"es el conjunto de personas físicas relacionadas entre sí, por vínculos conyugales o de parentesco. Las relaciones entre sí que se dan en las personas físicas que forman la familia se deben a vínculos conyugales o de parentesco. (...) Los conyugales son por razón de matrimonio (...) Los vínculos de parentesco son consanguíneos, por razón de filiación biológica, sea matrimonial o extramatrimonial, o afines, producidos por causa del matrimonio, o adoptivos, de adopción, o tutelares, por razón de la institución de la tutela que da lugar a lo que se ha llamado con frecuencia relaciones cuasi-familiares (...)"*³⁹ Los vínculos familiares, de los que habla el autor, ya sean reconocidos o no por el ordenamiento jurídico, ostentan la nota característica de ser de orden natural. Es decir, existe un vínculo familiar, en tanto la relación conyugal y la relación de parentesco, este fundada en una institución preeminentemente natural y social.

Por su parte PÉREZ CONTRERAS señala que vista "socialmente", la Familia es aquella la institución formada por personas unidas por vínculos de sangre y los relacionados con ellos en virtud de intereses económicos, religiosos o de ayuda. Además, que el concepto anterior se amplía toda vez que dichas uniones no sólo se dan por vínculos sanguíneos, sino también de simple solidaridad,

³⁸MEDINA PABÓN, Juan Enrique. Derecho Civil. Derecho de familia, Editorial Universidad de Rosario, Colombia, 2011, p 36

³⁹ O'CALLAGHAN, Xavier. Opcit, p 03.

cuando cumplen con elementos de validez y existencia, como el que sea o se considere una unión estable, pública y voluntaria, y que cumpla con la obligación de proteger a sus integrantes identificándolos en la comunidad donde se desarrollan e interactúan como un solo núcleo solidario, para tales efectos. Es decir, no solo existen familias legítimas o de derecho sino familias, igual de institucionales que las primeras, denominadas familias de facto o de hecho. Lo que caracteriza a una unión familiar, es la solidaridad más allá del vínculo sanguíneo.⁴⁰

Desde el punto de vista jurídico, en un sentido estricto, la Familia, es un grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio, concubinato o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones. Y en sentido amplio se puede afirmar que la familia está constituida por dos o más personas que comparten una vida material y afectiva, en la que se dividen las tareas y las obligaciones, por cuanto hace a la satisfacción de aquellas actividades que permiten su subsistencia, desarrollo y calidad de vida integral; así como la convivencia solidaria, de la ayuda mutua y el apoyo moral y afectivo, dirigido todo ello a lograr y procurar el desarrollo personal e integral para todos los miembros del grupo familiar.

Una vez glosadas estas básicas definiciones resulta, necesario agregar, que la familia es un concepto social, pero sobre todo es un concepto jurídico. Para nosotros, el punto de vista social permite, ubicar a la Familia como el punto central del desarrollo de la sociedad, la cual progresa en la medida en que progresa la Familia. Contrario *censu*, si la Familia se estanca o se deteriora en sus fundamentos axiológicos, la sociedad igualmente sufrirá al menos desde un punto de vista social, un irremediable deterioro. Pero desde el punto de vista jurídico, ya sea en sentido amplio o estricto, la Familia, es una institución imperecedera, que al día le plantea al Derecho un sin fin de situaciones, para que este las adopte como realidades jurídicas relevantes.

⁴⁰ Cfr. PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Derecho de familia y sucesiones, Nostra Ediciones, México, D.F, 2010, pp 22-23

En síntesis, la Institución de la Familia es un conjunto de personas, las cuales están unidas entre sí por vínculos de orden sanguíneo o legal, y procuran para sí y para el grupo la salvaguarda de intereses recíprocos de bienestar integral.

Como hemos dicho, es en el contexto específico de esta institución de la que surge el problema del SAP. Más precisamente, cuando uno de los vínculos quedan expuestos a la ruptura. Cuando uno de estos vínculos se destruyen. Cuando la familia está en crisis. En fin, cuando la Familia, a pesar de ser la institución más importante de la sociedad, ingresa a un panorama de desprestigio y empieza a ser escenario de conflictos en los que participan directa o indirectamente (los hijos) sus miembros, una de las figuras que se produce cuando es el Divorcio. De este concepto, no solo social, sino jurídico hablaremos en el punto siguiente.

1.2.2. La figura del Divorcio.

La Familia es la célula básica de la sociedad. Esta máxima tradicional, parece que ha dejado de escucharse. Ya no figura en los textos, ya no se le escucha a los maestros y menos a los estudiantes en edad escolar. Se ha convertido en un concepto extraño y nos hemos acostumbrado a eso. Qué ha ocurrido nos preguntamos. Las respuestas no se hacen esperar, y la más inmediata tiene al Divorcio como referente. Para nuestro trabajo es de vital importancia hacer algunas anotaciones sobre este punto toda vez que el problema al que pretendemos dar solución se enmarca generalmente en las familias que han llegado a una etapa de crisis, donde *per se* están involucrados los cónyuges, pero también los descendientes. Es ilustrativa al respecto la noticia del Diario El Comercio, de fecha 07 de Diciembre del 2013.⁴¹

⁴¹ SANDOVAL DEL ÁGUILA, Pamela. “Mientras clamaba en televisión nacional por su hijo de 3 años, cuyo padre lo había raptado, Silvia Castro lloraba incansablemente. El relato de cómo había terminado su matrimonio con el italiano Fabricio Deltín y del modo en que la golpeaba, con tal de quedarse con el niño, recordó otras miles de historias en las que los niños parecen ser la última prioridad de los padres. Según el Poder Judicial, estas historias extremas suman el 60% de la carga procesal que ventilan 18 de los 25 juzgados de Familia en Lima. De los 800 expedientes en trámite que maneja cada juzgado, el 60% son divorcios muy difíciles porque el padre abandonó el hogar, hubo violencia familiar o alguien no es razonable con la pensión de alimentos, explica la jueza especializada Gissele Cuzma Cáceres. Balances judiciales a Julio de este año corroboran la afirmación de la magistrada: 47.798 trámites en curso, la mayoría interpuestos por las madres hace tres o cinco años. De esa cantidad, apenas 19.864 empezaron en el 2013. Pablo Morán, director de

A. Definición.

Existen definiciones de Divorcio cuantas parejas divorciadas las hay. Una primera definición nos la da PÉREZ CONTRERAS cuando refiere que el divorcio es “*la forma jurídica de disolver el matrimonio, y sólo es válido mediante la sentencia de una autoridad judicial competente que declare disuelto el vínculo matrimonial, a la petición de uno o ambos cónyuges, con fundamento en las causas y formas establecidas por la ley*”⁴². Debemos añadir, que el divorcio es una solución jurídica a una presunta crisis familiar, la cual en principio no debería ser tan problemática, por la legitimidad que tare consigo, no obstante, el más que solución es un problema mayúsculo al de cualquier crisis familiar.

Lo señalado en el párrafo precedente es corroborado por ACUÑA SAN MARTÍN cuando enfáticamente dice que *la ruptura del vínculo conyugal tiene como una de sus consecuencias fácticas la imposibilidad de que ambos progenitores convivan al mismo tiempo con los hijos, aún en el caso de la llamada custodia compartida; sin perjuicio de lo cual, se mantienen las responsabilidades y deberes parentales y se mantienen ciertas relaciones familiares: las relaciones entre los padres y los hijos.*⁴³

Conciliación Extrajudicial del Ministerio de Justicia (Minjus), cree que tan grave como la sobrecarga procesal es el severo desgaste emocional que un juicio causa en padres e hijos. La ley contempla dos tipos de divorcios: el causal, por infidelidad, homosexualidad o drogadicción; y el de mutuo acuerdo. En este último, para acortar plazos, las parejas pueden conciliar por vía extrajudicial, pero muchas se niegan porque están dolidas, por miedo o por venganza precisa .Menos es más. Con 72 locales públicos y 964 privados, los centros de conciliación extrajudicial aparecen como una alternativa razonable para definir la tutela, régimen de visita y pensión que padres separados dan a sus hijos en todo el país. No obstante, desde que en junio del 2012 se derogó la norma que los hacía obligatorios para un divorcio, esta práctica va cayendo en desuso. En el 2010 se atendieron 3.365 casos, pero hasta octubre de este año fueron 764 en el Estado, que son gratis, y 1.612 en el sector privado, que cuestan entre S/.70 y S/.500, explica Roberto Chacaltana, coordinador de los Centros de Conciliación del Minjus. Un caso emblemático es el de Arequipa, donde el 50% de los divorcios en trámite en los juzgados de Familia pudo haberse resuelto en un mes, si tan solo se conciliaba primero. Ernesto Naveda, del Centro de Conciliación Familia y Empresa, en San Isidro, detalla las ventajas de esa aseveración: El 99% de parejas que concilia ahorra dinero y malos ratos. Enrique Varsi, abogado especialista en Derecho Civil, informa que el aumento de divorcios judiciales también ha influido en los honorarios de los abogados. Por un divorcio por causal, que tarda hasta cinco años, pueden cobrarte US\$5 mil, más S/.500 por notificaciones y aranceles, dice. Los padres pueden perder la patria potestad de sus hijos si, con sus pleitos, los dañan emocionalmente.

⁴² Ibídem. P 66

⁴³ Cfr. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio, Dykinson, MADRID, 2015, p24

Por su parte, VELA SÁNCHEZ, agrega una concepción netamente jurídica de la figura del divorcio y dice que *es la extinción total de los efectos de un matrimonio válido y eficaz por el ejercicio de una acción, sin importar que sea civil o religioso*⁴⁴. Entonces cabe preguntarnos, sobre los efectos de un matrimonio valido sin ahondar en su clasificación.

Uno de sus efectos es la cesación de todos los Derechos y Deberes recíprocos, en particular de asistencia y fidelidad, con excepción de la obligación alimentaria, que subsiste siempre que el alimentado no sea quien ha pedido la disolución del vínculo o no haya aprovechado la disolución pedida por el otro para contraer también él nuevas nupcias. Otro efecto es que cualquiera de los cónyuges, aunque sea el único culpable del divorcio y aunque no haya pedido él la disolución, puede contraer nuevas nupcias una vez que la disolución fue decretada. En lo que corresponde a los derechos hereditarios, sólo el cónyuge inocente del divorcio conserva la vocación hereditaria, vocación que no se ve afectada por la ulterior disolución del vínculo, a menos que haya pedido la disolución o haya aprovechado de la disolución solicitada por el otro para contraer nuevas nupcias.

Respecto de los hijos y a la luz del ordenamiento peruano, uno de los efectos es la inmutabilidad de la filiación de los hijos. Es decir, se mantiene inalterable, pues conservan el derecho alimentario, hereditario y bienestar por parte de ambos padres. Se confían al cónyuge que obtuvo el divorcio por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de algunos el otro cónyuge o, si hay motivo grave una tercera persona (abuelos, hermanos o tíos, por su orden).

Entonces podemos señalar, que el ordenamiento prescribe una serie de normas que coadyuven los cónyuges a enfrentar un divorcio, pero sobre todo, coadyuven a no dejar desamparados a los hijos. Sin embargo ello no siempre es así. El Divorcio siempre afectará a los hijos, al grado que puede causar un trauma en

⁴⁴VELA SÁNCHEZ, Antonio J. óp. cit.

estos, puesto que se convierten en instrumentos de los cónyuges que enfrentan la disolución del vínculo.

Respecto de las clases de divorcio, es oportuno señalar que en nuestro ordenamiento existe la figura del Divorcio remedio y remedio sanción⁴⁵. No importa, en cuál de los dos se circunscriban las causas, consideramos que los

⁴⁵ Ver el fundamento IX de la casación 4664-2010 Puno. Tercer Pleno Casatorio Civil. Fundamento IX: EL DIVORCIO EN EL PERÚ. 20. Como todos conocemos, actualmente nuestro ordenamiento jurídico reconoce un sistema de divorcio mixto, en tanto, subsisten las causales que se encuentran dentro del sistema de divorcio sanción y las causales que se identifican con el sistema del divorcio remedio, situación que lo torna en un tema complejo

21. La doctrina contempla diversas clases de divorcio, por una parte el denominado divorcio relativo —al hacer referencia a la suspensión del vínculo matrimonial— y por otra parte, el denominado divorcio absoluto, que se refiere a la disolución del vínculo conyugal. La Corte Suprema ha dejado constancia que para analizar el caso concreto solo se ha centrado en la clasificación que considera como parámetro para su determinación al elemento subjetivo —la existencia o no de la culpa— y al elemento objetivo, señalando que al respecto se pueden identificar dos clases de divorcio, por una parte el denominado divorcio sanción y por otro el divorcio remedio.

22. En la primera clasificación, uno o ambos cónyuges son responsables de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de uno o más deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el juez valora como moralmente negativa, lo que genera una sanción para el culpable que afecta, por ejemplo, los derechos hereditarios, alimentarios, ejercicio de la tenencia, entre otros. Al respecto cabe acotar que en este fundamento, los magistrados supremos han consignado que se afecta el ejercicio de la patria potestad, lo cual solo sería correcto en aquellos casos en los que se acredite fehacientemente que uno de los progenitores perjudicó gravemente los intereses de sus hijos, pues en caso contrario de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, no habría motivo para afectar las facultades inherentes a la patria potestad, en tanto, en el divorcio se evalúa si fue o no un cónyuge que actuó conforme a sus deberes matrimoniales, lo cual no implica, necesariamente, que haya sido un mal progenitor, por lo que mal haríamos en suponer que todos los o las cónyuges no idóneos, son también malos padres o madres.

23. Tratándose del divorcio remedio, el juez solo se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas las conductas culpables imputables a alguno de ellos. En esta, el divorcio no trae una sanción a las partes, ni la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines, sino que reconoce una situación fáctica de frustración conyugal, independientemente de quien lo demande. El divorcio remedio puede ser restringido cuando la ley lo condiciona a una situación objetiva que lo configura, o puede ser extensivo, que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita por el legislador o cuando alude a una situación de ruptura matrimonial sujeta a un análisis por parte del juez.

24. La diferencia entre el divorcio sanción y el divorcio remedio, radica en que el segundo puede ser solicitado por uno o ambos cónyuges, sin atender a la causal inculpatoria. La sentencia materia de análisis, nos precisa que en países como España, se ha optado solo por el divorcio remedio.

25. Cabe acotar que se ha consignado que la distinción entre los sistemas enunciados se debe a la complejidad de relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como a sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes matrimoniales.

26. El Código Civil peruano, tras la modificación introducida por la vigencia de la Ley N° 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas, uno subjetivo o de culpa del cónyuge y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial.

27. Las causales previstas en los incisos del uno al once del artículo 333, se circunscriben a la clasificación del divorcio sanción en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio.

28. Asimismo, se reconoce que las causales contenidas en los incisos doce y trece se ubican dentro de la clasificación del divorcio remedio, desde que existe la separación de los cónyuges sin voluntad de reconciliación, evidenciándose el fracaso matrimonial.

efectos son los mismos respecto de los hijos, no aquellos que están señalados en la norma, sino aquéllos que impregnan una secuela en la vida de los hijos, especialmente de los menores de edad.

En conclusión, el Divorcio es una figura que ha surgido para legitimar la ruptura del vínculo conyugal. A nivel dogmático y normativo, procura más que problema ser solución y ello, porque existe la presunción de que las relaciones familiares de carácter conyugal pueden terminar, dejando a la Institución de la Familia, en una inestabilidad. Precisamente, el divorcio, sería el camino para que la estabilidad familiar se mantenga y no se desampare intereses de orden superior, como la alimentación de los hijos. Pero como hemos dicho, el Divorcio, en nuestra realidad tanto social y jurídica, lejos está de ser una solución, sino se entiende más como un problema que aclama por una pronta solución. No es nuestro objetivo plantear una solución para que el Divorcio deje de ser un problema, sino identificar un problema que se deriva de las relaciones conyugales que están en el sendero de la separación.

La primera pregunta entonces, es qué ocurre cuando se está tramitando un Divorcio o en su defecto cuando se produce una separación, no sólo con los protagonista de la historia, sino con lo hijos. La repuesta no puede ser tan ligera. No bastaría pues decir, por ejemplo, que a la Demanda de Divorcio se acumule las pretensiones de la tenencia, la patria potestad y o el régimen de visitas. Estas últimas tres figuras guardan una estrechísima relación con la figura del Divorcio, puesto que cuando tiene lugar este último, aparecen cuasi correlativamente las primeras, especialmente cuando va a decidirse la custodia de los hijos. Es decir, por cuál de los dos ex cónyuges, será ejercida la tenencia.

1.3. Patria Potestad.

La figura de la Patria Potestad suele definirse como la función que debe ser ejercida en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de Derechos, que la norma concede a los padres sobre los descendientes y los bienes de estos, con el fin de garantizar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos

los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. Así pues, supone un conjunto de derechos y deberes que determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos y donde la actuación de los padres debe estar presidida por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal demanda. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciable, imprescriptible e indisponible y de carácter social.⁴⁶

NORIEGA MORALES, dice que esta figura consiste en una forma de representación de los padres a sus hijos, porque los primeros, tienen la obligación de protegerles, satisfaciendo sus principales necesidades y teniendo como preocupación esencial su interés superior.⁴⁷

En el Perú, la Patria Potestad es entendida por la doctrina como *el complejo de derechos y deberes, de título natural, pero delimitados en sus detalles por la ley positiva, que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. La patria potestad es irrenunciable, inalterable (su contenido está completamente determinado por la naturaleza misma y la ley, y no admite modificación por negocio jurídico), intransferible, indelegable y temporal (sólo permanece durante la minoría de edad de los hijos)*.⁴⁸ En otros términos, la figura de la Patria Potestad que se funda en la relación paterno filial, y subsistiría frente a cualquier estructura legal, dado que es preexistente al derecho. Lo que hace el derecho es reconocer que los padres están en la innata obligación de proveer todo aquello que contribuya al desarrollo de sus hijos. Consideramos, que aun sin ser reconocida por el derecho, habría otras fuentes como la costumbre, que impondría en los padres el carácter de debitud de cuidado a los hijos.

⁴⁶ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 746, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2014. P. 3286

⁴⁷Cfr. NORIEGA MORALES, Yilian. La patria potestad en la protección al patrimonio del menor. nuevos retos. En Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Cuba, 2013, p 378.

⁴⁸ ZEGARRA MULÁNOVICH, Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática, Palestra Editores, Lima, 2009, p 193.

Entonces, la Patria Potestad, fundada en la relación paterna filial es junto a la figura de la Tenencia y el Régimen de Visitas, uno de los escenarios al que ingresa el problema del SAP. Es decir, es en el marco del ejercicio de la Patria Potestad, cuando se infringen los deberes impuestos por la norma. También no sólo la norma civil, sino la norma penal pueden sancionar al infractor, que comúnmente recae en uno de los padres o en ambos.

1.4. Tenencia y Régimen de Visitas.

Es una institución familiar, que permite a los padres vivir conjuntamente con sus hijos menores de edad, por lo que de acuerdo a las circunstancias puede ser definida como un atributo de la patria potestad o como una institución propiamente dicha. El artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes señala que *“Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”*. En realidad, la figura de la tenencia o tuición o guarda es una figura que se caracteriza por sus rasgos procesales. Es decir, sale a relucir cuando uno de los progenitores pretende tener bajo su cuidado a sus hijos ya sea con el sentimiento del otro o por la decisión de un tercero imparcial, es decir el juez.

Doctrina nacional refiere que la Tenencia es la situación jurídica por la cual un menor se encuentra en poder de uno de los padres cuando éstos estén separados de hecho. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en compañía. Asimismo, la Tenencia de un menor, ya sea niño o adolescente se determina de común de acuerdo entre los padres y tomando en cuenta el parecer del menor⁴⁹ y prosigue QUIMBITA MOLINA, señalando que existe la Tenencia compartida, a la que se puede llegar por acuerdo de los padres,

⁴⁹PEREZ SOLF, Iván. la conciliación extrajudicial en temas de familia (ley n° 29876 que modifica la ley n° 26872 y el d.l. 1070), en revista ius, número 06, timbre de 2013, ubicado el 28-06-2016, obtenido en http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:PE/proceso+de+tenencia/WW/vid/488378714

le da el carácter de divisibilidad a la Tenencia, el menor compartirá el tiempo con ambos padres.⁵⁰

Y la judicatura nacional ha sentado jurisprudencia respecto de la figura de la tenencia diciendo que se puede definir como un atributo de la Patria Potestad y es un deber-derecho preferente de uno de los padres de vivir en compañía de su hijo cuando se ha producido una situación de desavenencia con el otro progenitor que desplaza a uno de ellos de la convivencia, es decir, se hace presente cuando ha surgido un conflicto familiar.⁵¹

Por su parte, el Régimen de Visitas también es un atributo de la Patria Potestad, pues de la lectura del artículo 423° del Código Civil, se tiene que son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: *Proveer al sostenimiento y educación de los hijos. (...) y tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario. (...) y el Código de los Niños y los Adolescentes en su artículo 88° prescribe que los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria.*

Si bien no existe vasto tratamiento dogmático, pero al ser una figura propia del ordenamiento de Familia, si tiene vasto tratamiento jurisprudencial. Al respecto los tribunales señalan que la Tenencia y el Régimen de Visitas son instituciones del Derecho de Familia dirigidas a procurar el mejor desarrollo integral (físico y psicológico), protección y educación de los menores hijos.⁵²

Del mismo modo, en otra sentencia la judicatura aporta que, *el régimen de visitas es aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos, conforme lo dispone el primer párrafo del artículo 88° de la Ley 27337- Código de*

⁵⁰QUIMBITA MOLINA, Azucena Adriana, “CONSECUENCIA SOCIAL DE LA TENENCIA DE MENORES CUYOS PADRES VIVEN EN EL EXTRANJERO Y SU RESPONSABILIDAD JURÍDICA” tesis de grado para obtener el Título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

⁵¹SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL TRANSITORIA DE 1 DE ABRIL DE 2008 (EXPEDIENTE: 000870-2007)

⁵²SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL TRANSITORIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2011 (EXPEDIENTE: 002110-2011) fundamento octavo.

los Niños y Adolescentes -, en concordancia con el artículo cuatrocientos veintidós del Código Civil⁵³. Y el máximo intérprete de la constitución en el proceso de (habeas corpus) de 7 de octubre de 2009 dice que para que se aplique esta figura debe procurarse, per se, el desarrollo integral del menor.⁵⁴

II. El Síndrome de Alienación Parental.

En el apartado anterior hemos dejado por sentado que la Familia es una institución social, natural y jurídica. Que cuando los protagonistas de dicha institución, llámese los cónyuges, ingresan a una crisis familiar, y optan por romper el vínculo conyugal entre sí, se produce un panorama que afecta severamente a los hijos de ambos. Diremos entonces que todo inicia con el divorcio o con la separación de los padres. A ver, la figura consiste en lo siguiente: un matrimonio o una unión de hecho, decide separarse, no obstante producto de la relación tienen un hijo de cuatro años. Este niño queda bajo la Tenencia de la madre mientras dura el proceso de divorcio o separación en sede

⁵³SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL TRANSITORIA DE 8 DE AGOSTO DE 2000 (EXPEDIENTE: 000856-2000) cdo primero.

⁵⁴ Fundamentos de la SENTENCIA N° 01817-2009 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2, DE 7 DE OCTUBRE DE 2009 (HABEAS CORPUS): 18. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”. 19. De este modo, en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. De ahí que la unidad y estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres. Por ello, el cuidado y amor que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho. 20. Sin embargo, ello no significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto. Y es que, cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de* modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado. En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tienen el deber de respetar “el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Al respecto, es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad.

jurisdiccional o conciliar. Al fin llega el día de la emisión de la resolución, y en esta entre las decisiones propias de su naturaleza, que sería la disolución del vínculo matrimonial, se fija la pensión alimenticia, el régimen de visitas y la Tenencia del menor. Ambos ex cónyuges aceptan cada uno de los extremos de la decisión, como por ejemplo, que la madre seguirá con la custodia del menor y que el padre le visitará una vez por semana. Y cada a uno a seguir con su vida. Aparte. Lejos.

El vínculo ha quedado disuelto y es legítimo. Esta disolución legítima, trae consigo no sólo las consecuencias que están descritos en la resolución, sino otras que en el seno de la relación familiar se devela. Todos empezaran una nueva forma de vida. Sin embargo ocurre, que cuando el padre visita a su hijo, este le rechaza. Le insulta y le tiene miedo. Obviamente el padre se siente extrañado ante semejante actitud, y en un nuevo drama surge para afectar la relación post separación.

Las líneas anteriores permiten identificar una aproximación al fenómeno del SAP, el cual ha ganado terreno y sus frutos están a la luz de la realidad, y algunos organismos lo han considerado como un fenómeno que destruye el amor⁵⁵.

⁵⁵Los psicólogos detectaron una nueva forma de maltrato infantil, relacionado con el divorcio de los padres, en donde ellos se disputan la custodia de los hijos a costa de lo que sea y denigrando a su contrario. Mejor conocido como SAP, el Síndrome de Alienación Parental no es otra cosa que el hecho de que un padre transforme la conciencia de sus hijos y los predisponga para impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos de amistad, amor y respeto con el otro progenitor luego de la separación conyugal. El SAP genera odios injustificados. La comunidad médica establece que el problema inicia cuando se hacen comentarios y señalamientos negativos en donde se magnifican los errores o defectos de la pareja y el papá o la mamá se muestran ante los hijos como víctimas de abusos o engaños. A pesar del grave daño psicológico que genera en los hijos, pues los induce a desarrollar un odio patológico e injustificado contra uno de los padres, el SAP no es considerado como un trastorno. De acuerdo Nelson Sergio Zicavo Martínez, profesor de la Universidad del BioBio en Chile cuando existe un divorcio, tradicionalmente la madre se encarga de la custodia de los hijos y la responsabilidad del padre se limita sólo a expedir un cheque mensual para atender los gastos de los hijos. Cuando la separación de los padres se acuerda y se hace de manera adecuada, con consentimiento mutuo, en donde se comprende que termina la pareja amorosa, pero continúa la pareja de padres, todo es más sencillo y se garantizan buenas relaciones; sin embargo, cuando la separación es tensa y prevalece el enojo entre los padres, los que padecen las consecuencias son los hijos. En este último caso es cuando se desarrolla el SAP pues quien detenta la patria potestad de los hijos trata de anular a la figura paterna o materna luego del divorcio y ve a los hijos como sus aliados para “luchar contra quien fue su pareja”, expresó Zicavo. A tal grado que los comentarios son: “tu papá nos dejó por otra; “tu mamá nos abandonó sin que tú le importaras, es una mala mujer” y cosas por el estilo que inciden en la formación del menor y despierta un rechazo que gradualmente crece hasta convertirse en odio, para llegar a culpar al padre o a la madre de lo que acontece e interponiendo una barrera que en ocasiones acaba con la separación definitiva de los padres con los hijos. El especialista estableció que el SAP es un proceso que culmina con las relaciones amorosas y lleva a un niño a odiar a su papá o mamá sin que haya justificación. Mentiras y chantaje, motivan al rencor. Es preciso que los

2.1. Antecedentes.

MONTENEGRO NÚÑEZ⁵⁶ reflexiona y dice categóricamente que el devenir histórico ha mostrado la realidad de abandono, abuso, explotación, venta y hasta asesinatos de niños y niñas han sufrido en manos de sus padres, quienes al considerarlos de su propiedad; hacían con ellos lo que la imaginación y los impulsos agresivos les permitían, sin tener consecuencia legal alguna. Y agrega que de una mirada a la historia se puede extraer suficiente información para entender que el abuso en contra de la niñez ha ido reconociéndose e interpretándose a partir de los cambios en los valores que se van generando en la sociedad, como por ejemplo en los dos últimos siglos donde se verifica el tránsito desde la permisividad de los golpes como medio para “formar hombres y mujeres de bien” (siglo XIX), hasta la ruptura de la “normalidad y naturalidad del maltrato infantil”, propio del Siglo XX.

Complementando la opinión anterior, AGUILAR SALDÍVAR⁵⁷ dice que resulta frecuente –en el quehacer de la dinámica judicial, en la rama del Derecho de

hijos de parejas que se divorcian deben tener siempre presente que no fue por su causa por lo que terminó la relación entre sus padres. Las diferencias irreconciliables y la incompatibilidad son, por lo general, los principales motivos que acaban con un matrimonio, además de otros muchos elementos más que escapan a la voluntad de los descendientes. Al explicar cómo trabaja un “alienador”, Zicavo Martínez establece que rehúsa pasar llamadas telefónicas o mensajes de su ex pareja a sus hijos; finge y se hace la víctima estableciendo que sufre, que está deprimida, triste y que el otro es el malo. Por lo regular utilizan el chantaje para lograr desacreditar a su ex pareja y rehúsan informar cualquier asunto relacionado con sus hijos. En el peor de los casos las madres pueden acusar de acoso sexual al padre de sus hijos con tal de alejarlo de ellos y vengarse. Los vínculos entre padres e hijos alienados son destruidos irremediamente o tardarán muchos años en restituirse, aunque pareciera que la madre es la que saca la mejor parte, eso es temporal, ya que las relaciones entre el padre alienador y su hijo en la adolescencia se vuelven conflictivas, debido a los rencores y al sentimiento de culpabilidad cuando el hijo se da cuenta que fue alienado. Crianza compartida, una solución al SAP. Una forma de hacerle frente a este maltrato infantil es la crianza compartida, a pesar de la serie de mitos que giran en torno a esta propuesta. Así los padres están presentes y conocen los problemas de los hijos, con amplias posibilidades de solucionarlos. El no temerle a la paternidad compartida es la base del éxito ya que está demostrado que la crianza compartida aumenta el interés de los hombres en participar en la formación de los hijos y les permite tener autoridad, responsabilidad e intervenir en el cuidado de los hijos. Evita la alienación: Si eres hijo de padres divorciados ten en cuenta que: No eres la causa de la separación. Tus padres te quieren. No permitas que se hable mal de ellos, ni toleres mentiras. Cualquier señalamiento acláralo con tu papá o con tu mamá. No dejes que crezca. Fomenta una excelente relación, convive por separado con ambos, no formes parte de una disputa. Recuerda: el SAP es causa de muchos rompimientos entre padres e hijos lo lamentable es que muchas veces se da por malos entendidos. Véase, DH Magazine - Núm. 27, Julio 2010, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México: ubicado en <http://vlex.com/vid/sap-destruye-amor-404931786> Páginas: 10-12

⁵⁶ MONTENEGRO NÚÑEZ, María del C. la alienación parental: un dilema ético, en Alegatos, Núm. 91, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2015, p 659.

⁵⁷ Cfr. AGUILAR SALDÍVAR, Ahida. El síndrome de alienación parental, SAP, sus implicaciones en el binomio custodia-régimen de visitas. En Quadernos de criminología revista de criminología y ciencias

Familia— encontrar fenómenos que, a fuerza de ser coincidentes, llegan a conformar rasgos característicos de situaciones conflictivas similares; así, por ejemplo, en las familias disfuncionales, se suele encontrar denominadores comunes, como la presencia de la Violencia Familiar, infidelidad, alcoholismo, drogadicción, etc. Es así como, dentro de ese contexto de similitudes, se denota también la presencia de un fenómeno que suele ser común en los casos en los que se disputa la Tenencia o el Régimen de Visitas de los hijos: LA ALIENACIÓN PARENTAL. En suma, el antecedente más próximo del SAP es una familia en conflicto, especialmente cuando se enfrenta un divorcio. El SAP, como forma de abuso contra los niños, entonces es una consecuencia del divorcio, o de las quebradas relaciones familiares de una familia disfuncional. En el punto siguiente trataremos al SAP, de manera más precisa.

2.2. Definición de maltrato infantil.

Antes de referirnos al SAP, es necesario hablar del maltrato infantil, y ello porque este fenómeno configura un tipo de maltrato a las personas más vulnerables, es decir a los niños. Pero no es cualquier maltrato, ejercido por agentes ajenos al entorno, sino por quienes deben de custodiar su bienestar. El SAP, en ese sentido, es un fenómeno que nace en el seno de la Familia.

Así pues, según AGUILAR CUENCA⁵⁸, citando a la UNICEF, dice que *“los menores víctimas del maltrato y abandono son aquel segmento de la población conformado por niños y jóvenes hasta los 18 años que sufren, ocasional o habitualmente, actos de violencia física, sexual o emocional, sea en el grupo familiar o en las instituciones sociales.* En otros términos, el maltrato es un repudiable acto de violencia contra los menores. Maltrato en todo caso, es sinónimo de violencia sin ningún tipo de repuesta por parte de la víctima, dado a su estado de indefensión. La violencia contra los menores de edad, ya sea ocasional o habitual debe ser proscrita en todas sus formas.

forenses, ubicado el obtenido en https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=AGUILAR+SALD%C3%8DVAR%2C+Ahida.

⁵⁸ AGUILAR CUENCA, José Manuel. Interferencia de las relaciones paterno-filiales. El síndrome de alienación parental y las nuevas formas de violencia contra la infancia, en Psicología Educativa. Revista de los Psicólogos de la Educación, Vol. 13, 2007.

El mismo autor refiere que el maltrato puede ser ejecutado por omisión, supresión o trasgresión de los derechos individuales y colectivos, e incluye el abandono completo o parcial. Es decir, maltrato es el uso de la violencia intencional, repetitiva, cuya finalidad es causar dolor en el niño por parte de un adulto. Este apunte corresponde a una definición clásica de maltrato infantil. El agente que lesiona la integridad del menor, que bien puede ser el padre, tiene la clara intención de causar un daño a su hijo. Sin embargo, como hemos venido tratando hasta aquí, actualmente existe un daño el cual no es ocasionado con la intencionalidad de afectar al menor, sino que es utilizado este último para causar daño al otro progenitor, he ahí, el surgimiento de SAP. Esto último nos permite afirmar, que estamos frente a una nueva forma de maltrato infantil.⁵⁹

2.3 El Síndrome de Alienación Parental.

2.3.1. Concepto.

Diversas son las conceptualizaciones del denominado síndrome de alienación parental. Según PEREDA Y ARCH⁶⁰ este Síndrome fue descrito por primera vez como tal por **Richard Gardner en 1985**; sin embargo, otros autores habían recogido con anterioridad el concepto bajo otras denominaciones más o menos afines como “Síndrome de Medea”, “Síndrome de la Madre maliciosa” o “Programación Parental en el Divorcio”, entre otros. Y añade que se caracterizara por la *presencia en niños, niñas y adolescentes de emociones, actitudes y comportamientos de rechazo hacia uno de los progenitores y/o su familia extensa cuyo origen, básicamente, surge de un proceso de mediatización por parte del otro progenitor. Es decir, lo que existe en el menor es una sobrecarga de confusiones que le llevan a actuar negativamente frente a uno de sus progenitores.*

⁵⁹ Ibídem.

⁶⁰PEREDA N. y ARCH M. Abuso sexual infantil y síndrome de alienación parental: criterios diferenciales.

FARIÑA RIVERA⁶¹ y otros refieren; que se trata de una alteración en la que los niños manifiestan una desaprobación hacia uno de sus progenitores. Y que son diversas las investigaciones (Wallerstein y Kelly, 1980; Gardner, 1989; Turkat 1994,1995; Rand, 1997) que informan que este fenómeno tiene una alta prevalencia. Que YA LEVY (1978) señalaba que la gran mayoría de los niños durante el proceso de separación de sus padres sufren una elevada intensidad de presión en la expresión de sus deseos. Que normalmente, al menos en Estados Unidos, la literatura refleja que son las madres quienes intentan en mayor medida alienar a sus hijos (Claward y Rivlin, 1991; Turkat, 1995; Rand, 1997; Gardner, 1998). Sin embargo las diferencias entre géneros están desapareciendo, así cada vez hay más progenitores-varones alienantes, hasta el punto de que Gardner (1999) apunta una ratio de 50/50 entre hombres y mujeres.

Para AGUILAR CUENCA, se trata de un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición. Lo que caracteriza aquí el problema es que, tras una campaña de desprestigio e injurias por parte del progenitor custodio, el hijo interioriza esos argumentos iniciando por sí mismo los ataques al otro progenitor, hasta que finalmente rechaza tener contacto con él.

En la misma línea SÁNCHEZ IGLESIAS⁶² dice que es un cuadro muy frecuente en casos de incidentes judiciales en procesos de separación, sobre todo relacionados con la guarda y custodia, y en especial en lo referente al régimen de visitas. Para detectarlo se debe recordar su existencia y buscar más allá de acciones insidiosas para encubrirlo. A menudo, este síndrome pasa desapercibido para los profesionales que trabajan en el caso, tanto jueces y abogados como parapsicólogos o trabajadores sociales, sobre todo porque se tiende a ver la relación causal lineal del tipo alienador o alienadora-víctima.

⁶¹Cfr. FARIÑA RIVERA, Francisca; SEJO MARTÍNEZ, Dolores; ARCE FERNÁNDEZ, Ramón; NOVO PÉREZ, Mercedes. Implicaciones psicológicas del proceso de separación y divorcio en Psicología Jurídica de la Familia. Intervención en casos de Separación y Divorcio, Cedecs, España, 2002.

⁶² Cfr. SÁNCHEZ IGLESIAS, Iván. Infancia y adolescencia ante la separación de los padres: efecto mediador de los Puntos de Encuentro Familiares, en Revista de Estudios de Juventud, vol. 73, 2006. P 96

Hasta aquí, hemos conceptualizado el síndrome de alienación parental, conviene ahora señalar cuáles son sus rasgos distintivos.

2.4. Rasgos distintivos de su manifestación.

VILALTA SUÁREZ en su estudio titulado Descripción del Síndrome de Alienación Parental en una Muestra Forense realizado para el Instituto de Medicina Legal de Asturias, refiere que el SAP se caracteriza por el rechazo, la crítica y el desprecio por parte del hijo hacia uno de los progenitores sin que el niño manifieste culpabilidad por hacerlo, la idealización hacia el otro progenitor y la valoración positiva de la separación de sus padres.⁶³

Por su parte, TEJEDOR⁶⁴, citando a GARDNER señala que la primera característica es la existencia de una campaña de denigración, en la cual el niño continuamente manifiesta su odio al progenitor ausente. Esta denigración suele ser generalmente de carácter verbal. También está la muestra de frivolidad y ambivalencia al progenitor alienado, y un apoyo incondicional a padre alienador. Además el niño no siente ningún tipo de remordimiento por su actuar, al grado que ve su rol de hijo denigrador como algo natural. Finalmente el niño alienado suele usar terminología del padre, es decir, dice las cosas que el progenitor alienante le diría en persona al progenitor alienado e incluso a la familia de este último. Nos queda claro, que no es muy difícil identificar estos rasgos en la conducta de un niño alienado, puesto que en la práctica, se ve reiteradamente, como hemos dicho, en los procesos de divorcio donde se ventila la custodia de los menores⁶⁵.

SANCHEZ IGLESIAS, agrega que el SAP no siempre es debido a la mala fe de uno de los progenitores. Lo que equivale decir que se puede generar a partir de una acción involuntaria, puesto que el progenitor alienador, no sabe ocultar a los hijos su pena por el rechazo sufrido por parte del progenitor alienado. Y agrega de

⁶³VILALTA SUÁREZ, Ramón J. V. óp. cit.

⁶⁴TEJEDOR HUERTA, María Asunción. Op cit.

⁶⁵ Ibídem.

modo contundente, que la estrategia más frecuente del SAP es la obstrucción del cumplimiento del régimen de visitas. Y hasta puede que el progenitor alienador, en su afán de ganar, busque una pareja que funja el rol de progenitor alienado.

2.5. Causas del Síndrome de Alienación Parental.

Según MUÑOZ, las causas más importantes del desarrollo del SAP son: *el deseo de venganza de la pareja (en la que se habían puesto grandes expectativas); el dominio del otro progenitor gracias al férreo control que tiene sobre el hijo, quien supuestamente hará claudicar al padre alienado; la venganza sociofamiliar a la que somete al otro cónyuge, al intentar aislarle de familiares y amigos hablando mal de él; los celos de la antigua pareja, sobre todo si ésta tiene una nueva relación; la lucha por los privilegios obtenidos, dándose el caso de no dejar al padre alienado ver al hijo hasta que no cumpla todo lo pactado con anterioridad; y, los problemas psicológicos madurativos del padre alienador, que sería una persona egocéntrica e inmadura*⁶⁶. En otras palabras, la principal causa consiste en el complejo resentimiento que uno de los padres del menor guarda por el otro, cuyo canal de desahogo es el hijo alienado.

2.6. El padre alienador.

MUÑOZ refiere que el Padre alienador se caracteriza porque muestra Irreversibilidad y anulación de su pasado, en tanto elimina el nexo con su ex pareja a fin de justificar su proceder indolente, de tal modo, que le dota a su imagen una representación negativa; busca el absoluto control de la situación creada por él, para su hijo, donde trata de imponer sus criterios con el objeto de controlar sus emociones a través de una serie de argumentos, que disminuirán su capacidad de relacionarse con otros, especialmente con sus familiares. Controla la vida del menor, de modo tal, que le siembra la desconfianza en el otro; considera el crecimiento natural del hijo alienado como un enemigo, porque percibe que en la medida que el menor crece, va adquiriendo nuevas perspectivas, y teme que con la ayuda de otras personas puede darse cuenta de

⁶⁶ MUÑOZ, F. M. Qué debemos saber sobre el síndrome de alienación parental/What we should know about the parental alienation syndrome. Acta Pediátrica Española, 68(9), España, 2010.

su accionar malicioso; Monopoliza los cuidados parentales, en tanto considera que es el único que puede criar a su hijo, y asume que el otro progenitor es incapaz de hacerlo, y ello, comunica al menor constantemente; chantajea emocionalmente o se victimiza frente al menor aduciendo que él es quien ha perdido más en la vida, y que el progenitor alienado es el culpable de ello. El hijo empieza a ver al padre alienador como un sobreviviente a la maldad del otro y lo respalda y se alía a él a fin de contrarrestar los futuros ataques del padre alienado; muestra la necesidad de inculcar miedo al niño para que, aprovechándose de ello, el menor no tenga otra salida más que buscarle a él como sinónimo de protección; y, finalmente negar que le está causando algún daño al menor, pues siempre va a decir, que desea lo mejor para su hijo y que está dispuesto a defenderlo del más mínimo ataque⁶⁷.

2.7. El hijo alienado.

El niño alienado, es como una maquina programada por parte del alienador para que odie al padre alienado. Él se identifica con el padre alienador, lo ve como ser heroico, indispensable para su supervivencia, el organizador de sus acciones, un líder y un ejemplo a seguir. Desvirtúa la realidad y se vuelve incrédulo al grado de negar la existencia del otro progenitor, a quien lo minimiza y lo trata con absoluta indiferencia. Y cuando se le pregunta de por qué su concepto de tendencia destructiva del vínculo con el otro progenitor, no tiene una justificación sólida, limitándose a decir que es una mala persona y que se merece el resentimiento, deseando incluso, que le ocurra sucesos graves contra su integridad. El niño odia de una forma injustificada. Así dice MUÑOZ, *que las acciones más importantes pueden ser el uso de justificaciones débiles contra el padre excluido, así como la falta de juicio moral y de argumentaciones profundas y éticas, llegando al caso de que los hijos no sepan el origen de la situación de ruptura. Puede ocurrir que un niño esté completamente «seguro» de sus sentimientos de odio hacia el padre excluido y sus familiares, amigos y entorno, pero sin argumentaciones sólidas. También se dan casos de lucha continuada por la aprobación del padre alienador*

⁶⁷ Ibídem.

*con actitudes, frases y palabras técnicas imposibles de ser aprendidas por un niño en una situación normal*⁶⁸.

2.8. Consecuencias del SAP.

AGUILAR CUENCA, resume las consecuencias del Síndrome de Alienación Parental, en la víctima, esto es, en el menor alienado. Señala que la primera consecuencia es la plena sumisión del niño alienado al progenitor alienador, de tal modo, que el miedo es una herramienta ineludible de la que se sirve el alienador para obligarlo a realizar acciones que no se le podrían ocurrir realizar al niño. En ese sentido, el niño siente la obligación de informarle todo cuanto le ocurra a su padre, no porque sea algo inspirado en la autoridad sino en el miedo. La relación no es dinámica, sino centralmente vertical y dependiente. Por ejemplo, el niño aduce que se queda a vivir con el padre alienador porque le deja llegar más tarde o le compra lo que quiere como algún artefacto tecnológico costoso, a cambio claro está, de seguir indefectiblemente sus pautas. Otra consecuencias verificable en el plano fáctico es que el menor se ve conculcado a generar rechazo hacia el otro, a mostrar su malestar o incluso odio, porque es eso lo que se espera de él, es decir, asume su odio como una defensa del odio del que presuntamente es víctima por parte del progenitor alienado. Esto último se hace evidente cuando al niño se le exige tomar partido activo en la difamación de uno de sus padres, en la agresión verbal o psicológica que ha iniciado el otro cónyuge. En tercer lugar, el niño se da cuenta que ha adquirido poder, pues tiene el amparo de unos de los progenitores y en la medida que va creciendo, dicho poder lo utiliza en su beneficio, como condicionar su actuación en el colegio o el hogar. Se considera un niño independiente, y no respeta horarios, higiene o alimentación, adoptando así una postura activa en la situación en la que se ve abocado a participar, en muchas ocasiones ante la incapacidad de ambos padres, entretenidos en sus conflictos personales⁶⁹.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ AGUILAR CUENCA, José Manuel. Interferencia de las relaciones paterno-filiales. El síndrome de alienación parental y las nuevas formas de violencia contra la infancia, en *Psicología Educativa*, 2007, Vol. 13, N.º 2 –España, 2007.

Las consecuencias anteriores, se producen en el ámbito de la relación familiar del menor. Sin embargo, lo que importa es lo que ocurre a nivel psicológico, pues, es la razón de esta investigación. En dicho contexto, AGUILAR CUENCA, señala categóricamente que una reciente investigación de la Universidad de Standford (EEUU) ha demostrado las secuelas que los actos de violencia tienen en los niños, a partir del estudio del impacto del Trastorno de Estrés Postraumático (TEPT) en pequeños que han sido sometidos a un alto nivel de estrés, fruto de un abuso sexual, físico o emocional. Así el estudio ha arrojado que un niño ha estado expuesto a un acontecimiento traumático en el que ha experimentado, presenciado o le han explicado acontecimientos caracterizados por muertes o amenazas para su integridad física o la de los demás, respondiendo con un temor, una desesperanza o un horror intensos. Dicho impacto genera que los niños suelen presentar los niveles más altos de cortisol, hormona directamente relacionada con el estrés.

2.9. La Tabla de Richard Gardner.

MANIFESTACIÓN SINTOMÁTICA	LIGERO	MODERADO	SEVERO
Campaña de denigración	Mínima	Moderada	Formidable
Justificación para el Desprecio	Mínimas	Moderadas	Múltiples justificaciones absurdas
Ambivalencia	Normal	Ausencia	Ausencia
Fenómeno de pensador independiente	Normalmente ausente	Presente	Presente
Apoyo reflexivo al progenitor alienante en el conflicto parental	Mínimo	Presente	Presente
Culpa	Mínima	Mínima o ausencia	Ausencia
Argumentos prestados	Mínimos	Presente	Presente
Extensión a red social	Mínima	Presente	Formidable, a menudo fanática
Dificultades en la transición a las visitas	Normalmente ausentes	Moderadas	Formidables o visitas imposibles
Conducta durante las visitas	Buena	Intermitente antagonista y provocativa	Si hay visitas, comportamiento destructivo y

			continuamente provocativo
Vínculo con el progenitor alienante	Fuerte, saludable	Fuerte. Leve a moderadamente psicológico	Severamente patológico. A menudo vinculación paranoide
Vínculo con el progenitor alienado	Fuerte, saludable o mínimamente patológico	Fuerte, saludable o mínimamente patológico	Fuerte, saludable o mínimamente patológico

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

2.1. Cuestiones previas.

En el primer capítulo de esta investigación hemos destacado sucintamente el contenido conceptual de una realidad a la que desde que tomamos conocimiento de su existencia, la calificamos como un problema que reclama una solución inmediata. Y decimos inmediata, por involucrar a una institución que no puede ni debe ser ignorada por el Estado. En el presente capítulo vamos a tratar a la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber en cuanto sirve de fundamento dogmático de la viabilidad de la propuesta normativa que justifica el objetivo general de la investigación que estamos llevando a cabo. Perseguimos, en ese sentido, contribuir desde una óptica jurídica, a la solución de un problema que se presenta en la Institución de la Familia, vale decir, un problema institucional cada vez más impostergable, considerando para su solución la vía idónea el Derecho Penal.

2.1.1. Derecho Penal y Política Criminal.

Una de las principales cuestiones académicas que solemos plantearnos en marco de la dogmática penal, es precisamente en qué consiste el Derecho Penal. La respuesta a dicha cuestión oscila en la diversidad de concepciones que los doctrinarios han realizado a lo largo de la evolución de la Ciencia Penal.

Autorizada doctrina extranjera sostiene que el Derecho Penal es el conjunto de normas positivas penales y Ciencia del Derecho Penal, es la disciplina que tiene por objeto el estudio del ordenamiento penal positivo. La Ciencia del Derecho Penal persigue el conocimiento, interpretación, sistematización y crítica del Derecho Positivo, contemplando las normas no ya desde el punto de vista de su estructura formal externa, sino también el contenido y fines que las mismas pretenden alcanzar.⁷⁰ Desde esta perspectiva el derecho penal estaría orientado a resolver las implicancias penales positivas.

⁷⁰GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal, Editorial Universitaria Ramón Arece, Madrid, 2012, p 595.

NÚÑEZ simplifica el concepto del Derecho Penal y señala que es una de las ramas del Derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o, lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado⁷¹ y agrega que se caracteriza por ser normativo, valorativo y finalista. Además de perseguir un fin social⁷² y político⁷³. El Derecho Penal en todo caso debe su vigencia en tanto se corrobore la relación entre los particulares y el Estado. Verificamos a partir de la definición glosada que el Derecho Penal es un remedio que propugna salvaguardar la norma, los valores y los fines que toda sociedad organizada contempla en el marco de su evolución.

Nosotros concebimos al Derecho Penal como el único camino que el Estado debe seguir para materializar el contenido que la norma suprema le ordena, garantizando la paz social a la que aspira el todo el ordenamiento. Decimos que es el único camino por cuanto las demás vías (civiles y administrativas, por ejemplo) no son lo suficientemente idóneas para salvaguardar los objetivos que todo Estado Constitucional, Democrático y de Derecho establece para la convivencia pacífica. Respecto de la materialización del contenido del mandato de la norma suprema, debemos señalar que sólo el Derecho Penal, una vez recurrido tendrá la suficiente capacidad para garantizar las libertades fundamentales prescritas en ella, una vez que han sido vulneradas.

⁷¹NUÑEZ C. Ricardo. Manual de Derecho Penal, Parte General. Marcos Lerner Editora Córdoba, cuarta edición, Argentina, 1999 p 15

⁷²Desde el punto de vista del fin social de la protección, el derecho penal, puede ser individualista o socialista. El derecho penal es individualista si el sentido predominante de su protección es el resguardo de los intereses de las personas como tales y como miembros de la sociedad. El valor supremo es la seguridad de la persona, de sus derechos individuales y sociales. Estos son los intereses vitales o bienes jurídicos objeto de la protección penal. [...] La finalidad del derecho penal es socialista si, a los efectos de su protección, el valor supremo está representado por los intereses de la colectividad. Son esos intereses los que determinan cuáles bienes de las personas merecen protección y en qué medida se la debe realizar. El socialismo marxista, particularmente el comunismo, pone su tónica en la protección de la clase proletaria, de los instrumentos de trabajo y producción y de las relaciones de esta índole.

⁷³Políticamente, el derecho penal puede tener una finalidad liberal o autoritaria. [...]El derecho penal es liberal si representa un sistema de seguridad jurídica frente a lo punible y sus consecuencias. Supone por un lado, la exclusión del castigo de las ideas y sentimientos, los cuales corresponden al fuero privado de los individuos, que está exento de la autoridad de los magistrados. [...] El derecho penal liberal supone, por otro lado, la vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*. Este principio excluye la imputación criminal y el castigo al margen de los delitos definidos y reprimidos por la ley. En su esfera, la única fuente del derecho penal es la ley previa al hecho cometido. De esta manera, el derecho penal cumple una función de garantía para los gobernados frente a los gobernantes. [...]El derecho penal es autoritario si el objeto de la protección penal no son los intereses de los individuos, sino los deberes de éstos con el Estado.

Desde luego, si bien importa conocer el concepto de Derecho Penal, importa más conocer para que existe, es decir, verificar su razón existencial. A groso modo se puede decir que no está más que para impedir que los ciudadanos de un determinado territorio desplieguen actos que lesionen el normal curso de las relaciones sociales. Sí un ciudadano hace un ejercicio abusivo de su Derecho Fundamental de Libertad y de este resulta una lesión a los derechos de sus pares, atentando contra los valores que hacen posible la vida social, será pasible de enfrentar los fines del Derecho Penal. Al respecto la doctrina señala que los fines del Derecho Penal son distintos a los de la pena. Dice ALCÁCER GUIRAO, que son fines del Derecho Penal: *proteger bienes jurídicos, como el de proteger los valores esenciales que subyacen a las normas (ético-social); la cohesión del organismo social (integración); la vigencia de la norma (protección de la expectativa normativa); a lo que habrá que agregar la protección de los potenciales delincuentes frente al poder estatal.*⁷⁴Entonces no se puede identificar los fines del Derecho Penal con los de la Pena. Esta última institución tendría como fin, en palabras de AMBOS, por un lado, *la justa equivalencia al mal causado por un delito (teoría de la retribución de la pena)* y por otro, *una significación de anticipación, en la esperanza de que su imposición prevendrá la comisión de delitos similares en el futuro.*⁷⁵

2.2. Delitos de infracción de deber

2.2.1. Los Deberes en el Derecho Penal.

Una primera premisa que surge en el desarrollo de este apartado es conocer el concepto de los deberes en su sentido más llano. Al respecto, HOYO SIERRA y SÁNCHEZ DE LA TORRE señalan que son exigencias que debemos cumplir porque estamos inmersos en la sociedad y además nos corresponde dar a cambio de los beneficios que obtenemos por formar parte de una comunidad. La comunidad a la que se hace alusión aquí es la que está conformada por personas que se vinculan no sólo por la cultura que poseen, sino por deberes asumidos, los

⁷⁴ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los Fines Del Derecho Penal. Una Aproximación desde La Filosofía Política, en Anuario de Derecho, Núm. 28, Enero 2011, Universidad de Los Andes, Venezuela.

⁷⁵AMBOS, Kai. Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional, en Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal, Palestra Editores, Perú, pp 191-192

cuales una vez observados dan lugar a una convivencia pacífica. Pero la comunidad no puede ser tratada como una construcción social, por el contrario debe asumirse como una institución capaz de ordenar conductas a través de sus reglas ya sean éticas o normativas. Una institución a la que se puede calificar como una comunidad capaz de orientar la conducta de sus miembros es la Familia. Agregan dichos autores, que los deberes, desde una perspectiva jurídica, son vistos como comportamientos exigidos por las normas que imponen conductas positivas -de dar o de hacer- o conductas negativas -de no hacer- a favor de otros que tienen el poder de exigirles tales comportamientos. Los deberes restringen la libertad jurídica por cuanto los sujetos tienen el deber de realizar una determinada conducta, no tienen la libertad de hacerla o no hacerla⁷⁶. Es decir, los deberes son el efecto correlativo de los derechos. Para graficar lo último, podríamos aseverar que ningún trabajador puede jactarse que tiene el Derecho Fundamental al Trabajo si de inmediato no admite que a la vez tiene el deber de cumplir con su compromiso asumido frente a su empleador.

Lo anterior es un concepto general de los deberes, social si se quiere. No obstante ello, no podemos quedarnos con dicha definición. Nos interesa de una vez, ingresar con dicha terminología a la dogmática penal. En ese sentido es menester aludir tal como hemos sostenido líneas arriba, que es viable aplicar una sanción penal por contravenir el contenido de ciertos deberes. Así tenemos que el Delito ya no solo se configura cuando se comete actos que atentan contra la norma penal, sino también cuando se atenta contra un deber impuesto por una institución. Sobre esto último NAVAS sostiene que en su estructura el delito puede ser visto como la infracción de un deber, ya sea porque el obligado infringe el “deber hacer” impuesto por la norma de conducta al no cumplir con el comportamiento que ella fija o porque vulnera, por un lado, un deber de no dañar a otro (deber negativo) o, por otro, uno de no colaborar en la mejora de un ámbito de organización ajeno (deber positivo).⁷⁷De la definición glosada se desprende preclaramente que el delito puede ser consecuencia de la inobservancia de un deber que obliga a todos los sujetos comportarse frente a la sociedad de forma

⁷⁶HOYO SIERRA, Isabel Araceli y SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. Modalidades de Responsabilidad Jurídica: deber y obligación, Dykinson, Madrid, pp 52 y 66

⁷⁷NAVAS, Iván. Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal, en Política Criminal, Numero 20- diciembre 2015, Universidad de Talca, 2015, pp 678-679.

leal con él. Entonces, el Delito, actualmente puede desplegarse a partir del incumplimiento de un deber que puede o no estar recogido en alguna norma penal. Conviene ahora entonces preguntarnos qué tipo de deberes protege el Derecho Penal al punto que su incumplimiento acarrearía soportar el ius puniendi del Estado.

Para responder la cuestión últimas el mismo autor acude a la dogmática alemana, según la cual, existe deberes negativos y positivos que se configuran como dos instituciones fundamentales que constituyen la estructura en la cual es posible fundamentar la responsabilidad penal de la persona. Por un lado, se encuentra la **institución negativa** (deberes negativos) cuyo fundamento proviene del principio ius filosófico *neminem laedere*⁷⁸ y, por otro, la **institución positiva** (deberes positivos) que se sustentan en la responsabilidad institucional y en la solidaridad para el caso de la omisión de socorro⁷⁹. Por tanto, estamos ante dos vertientes bien marcadas que nos fija la pauta para identificar la eventual vulneración del deber cuyo resultado será la aplicación de una sanción al responsable de causar dicha lesión.

2.2.2. Deberes negativos y deberes positivos.

JAKOBS citado por ROBLES PLANAS indica que los deberes negativos se refieren a la evitación de la ampliación del propio ámbito de organización a costa del de los demás, de manera que la relación entre el obligado y la víctima potencial se agota en algo puramente negativo: no dañar a los otros a través de la configuración del propio ámbito de organización, y los deberes positivos son propios de quien ocupa un “estatus especial”.⁸⁰ Es decir, por deberes negativos debe entenderse a la obligación de no lesionar al otro, de no ir más allá de los límites impuestos por la organización, de tal manera que si el agente, en el marco de su esfera organizacional daña a otro que forma parte de la misma, habrá lesionado el deber de lesionar a otro, en sentido negativo.

⁷⁸ Principio moral que se traduce como: “no hacer daño a nadie”. Véase: SARLO, Oscar. Sobre la noción de responsabilidad en teoría del derecho y en dogmática jurídica. Ruptura: una revista interdisciplinaria de análisis jurídico, 2011, vol. 1,

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal, ubicado el [13-IV-2016] obtenido en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270184/3577>

Por otro lado, respecto de los deberes positivos, prosigue PLANAS, que el “obligado positivo”, el que ostenta la cualidad especial, no sólo tiene que garantizar que de su ámbito competencial no se derivarán efectos nocivos, sino que tiene que pre-ocuparse de la existencia no disminuida o incluso el fomento de un círculo de organización y en ese sentido conformar un mundo en común con la persona favorecida. Ser como el otro. Ello quiere decir, que si alguien ostenta la responsabilidad o tiene como investidura deberes positivos, debe estar en la condición de asegurarlos o hacerlos efectivos. Por ejemplo, si su deber es proveer de salud a los miembros de su ámbito organizacional, debe cumplirlo sin algún tipo de excusa. Además, dice el autor de la cita precedente, que a diferencia de lo que sucede con los deberes negativos «aquí se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruismo». Tales deberes derivarían de la existencia de instituciones diferentes a la de la libertad de organización y libertad por las consecuencias – que sería la institución (negativa) elemental de toda sociedad-, pero en todo caso habrían de ser de la misma importancia básica que ella⁸¹. Es decir, no basta con no dañar a nadie, sino procurar la vigencia de los deberes impuestos con el despliegue cotidiano de las conductas, que procuran mantener el orden social de una organización.

KINDHÄUSER sostiene que el concepto de *deber* expresa la vinculación del destinatario a la norma en atención a su propia capacidad de acción. Esto quiere decir, a la inversa: si **A** mata a **B** habiendo sido capaz de realizar la intención de evitar dar muerte a **B** a través de su comportamiento, entonces a él resulta imputable su comportamiento a título de infracción de deber. En la sistemática del delito, la dimensión intelectual de la capacidad de acción es objeto de comprobación bajo la etiqueta “dolo”. Y la infracción de deber puede ser designada como el injusto (subjetivo) de la acción típicamente relevante.⁸²

2.2.3. Surgimiento de la teoría de los delitos de infracción de deber.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho, en *Revista de Estudios de la Justicia* – N° 14 – Año 2011, p 46

El primer punto que propendemos dilucidar se centra en el origen de la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber. Los autores que más dedicación le han otorgado a dicha teoría, coinciden unánimemente que fue el intelecto del profesor, CLAUS ROXIN, el que alumbró dicha tesis. Al respecto ABANTO VÁSQUEZ, sostiene que para dar solución a los problemas de autoría y participación en los Delitos Especiales ROXIN formuló la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber en su trabajo doctoral publicado en 1963 bajo el título “Autoría y Dominio del Hecho”⁸³. Es nuestros términos, la teoría surgió para superar la crisis que enfrentaba la clásica Teoría de Dominio del Hecho en el marco de la autoría y la participación.

La teoría sub comento, surgió para servir como fundamento de la imputación de responsabilidad cuando se lesiona un deber de comportamiento solidario que se exige en favor de un determinado bien jurídico, en virtud de una relación de

⁸³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”, en Revista penal, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p 08. El precitado autor, resume analíticamente lo afirmado por ROXIN en lo siguiente: A) Los tipos penales de la parte especial pueden sistematizarse distinguiéndolos entre “delitos de dominio” y “delitos de infracción del deber”. En los primeros, el legislador presupondría el “dominio” de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro o conjuntamente con otros; en cambio, en los segundos, el reproche penal iría dirigido a la “infracción” de un “deber específico” del sujeto activo sin importar cómo la realice. En este segundo grupo se ubicarían, básicamente, los “delitos especiales”, los delitos de “omisión” y los delitos “de propia mano”; sin embargo, el propio ROXIN aclara que para tener una mayor precisión sobre el carácter de “delito de infracción del deber” dentro de estos tres grupos todavía se necesitaría un análisis más profundo. B) Como consecuencia de la distinción hecha antes, la autoría y la participación tendrán que seguir necesariamente distintos principios según el grupo de delitos de que se trate. En el caso de los “delitos de dominio” resulta aplicable la teoría del “dominio del hecho”. Pero en el grupo de los “delitos de infracción del deber”, la presencia o ausencia de dominio del hecho no debería tener ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe. Lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que haya colaborado —de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos), con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos. Entonces, según la teoría de ROXIN, en todos los ejemplos propuestos anteriormente, el intraneus sería autor del delito pues habría infringido dolosamente su deber; los que hayan colaborado con él pero no tengan la cualidad específica exigida por el tipo serían siempre partícipes del mismo delito. Y todo ello sin importar quién haya tenido, durante la ejecución del delito, el “dominio del hecho. C) Pero la posición de ROXIN implica algo más: no solamente la autoría se desliga del “dominio del hecho”, sino la “participación” prescinde ahora de una comisión “dolosa” por parte del autor. En los delitos de infracción del deber solamente importaría la infracción objetiva del deber; el “dolo” solamente sería necesario para la punibilidad del autor intraneus, pero no influiría en la punibilidad del extraneus. Entonces, la “accesoriedad” debería ser entendida, en los delitos de “infracción del deber”, en el sentido de que la participación (instigación o complicidad) dependería solamente de una “infracción del deber”, sea que ésta haya sido cometida dolosa o culposamente. Y es que, en los delitos de “infracción del deber” no es el “dominio del hecho” el criterio diferenciador entre autor y partícipe (que por su propia naturaleza tiene que ser doloso) sino la “infracción del deber” que recae en el “intraneus”, y esta infracción no tiene por qué ser “dolosa”. Con esto se da una solución satisfactoria —desde la perspectiva de política criminal— a los casos de instrumento cualificado no doloso (intraneus que actúa bajo error), aunque se rompa con el entendimiento tradicional de la accesoriedad limitada (responsabilidad del partícipe cuando el autor haya cometido dolosamente un hecho típico y antijurídico que haya llegado por lo menos a la tentativa).

carácter institucional. En efecto, con la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber se persigue salvaguardar el irrestricto cumplimiento de deberes que una institución impone a las personas que se hallan sujetas a la misma. Entonces en estos Delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente”, lo cual equivale a decir que en último caso lo que se busca cuando se protege un bien es cumplir con el principio universal de solidaridad entre semejantes. Contario censu, desechar el valor de la solidaridad acarrearía un reproche justificado. La pregunta que concurre entonces es identificar quiénes al menos están en la obligación de comportarse solidariamente respecto de otros.

En principio, todos estamos invocados a mostrar una vocación solidaria frente a situaciones que dañan el bien en general; sin embargo, este valor debe ser preeminente en las relaciones de adherencia especial, por ejemplo, las relaciones familiares. La defraudación de la expectativa que se tiene respecto de la relación a la que aludimos no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado. Es decir existe una relación positiva entre el autor y el bien protegido, que da lugar al surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quien no sólo debe abstenerse de dañarlo, sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro o de lesión⁸⁴. Esto último se puede subsumir en la relación paterno-filial a la que hace alusión GARCÍA CAVERO. Así pues, se identifica con claridad que un padre está en la obligación de procurar que su hijo, especialmente si es menor de edad, resulte ileso no solo en su integridad física sino psicológica frente a una eventual amenaza de daño.

Por su parte, MAYHUA, señala que la primera formulación dogmática dentro de la Teoría del Delito con relación a la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber la formula ROXIN. Y agrega que el citado profesor hace una clasificación entre delitos de dominio de hecho en los cuales el legislador ha descrito el

⁸⁴ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. Delitos especiales y de infracción de deber en el anteproyecto de código penal, en, Política Criminal Núm. 1, Enero 2006, Universidad de Talca, Chile, p 06

comportamiento ilícito penal de forma clara y concisa y delitos de infracción de deber cuyo fundamento desde la imputación sería un deber extrapenalmente configurado.⁸⁵

2.2.4. La construcción dogmática de Claus Roxin.

Nadie puede poner en duda que ROXIN es el Padre de la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber. Señala el egregio profesor que existen dos métodos de los cuales puede ayudarse el legislador para cumplir su tarea respecto del principio *nullum crimen*. Refiere que el primer método es aquel mediante el cual precisa de la manera más detallada las conductas que afectan el orden social, siendo necesario recurrir a señalar una pena para su extinción. Y el segundo método es aquel que consiste en la conexión con deberes constitutivos del tipo que han experimentado su concreción en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico y cuya infracción provocadora o incluso únicamente no evitadora del resultado típico se conmina con la pena. Es decir, existen dos modalidades para que el legislador en aras del ejercicio de su principal función, indique que existen delitos que son acciones por un lado y por otro, infracciones de deberes. Añade Roxin, que el fundamento de la sanción respecto de estos últimos radica en que alguien contraviene las exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social por él asumido. Es decir, tendría lugar una contravención a una función que se asume en y para la sociedad. En ese sentido, la figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber pre-típico que le incumbe y de ese modo contribuye por acción u omisión al resultado, siendo indiferente la magnitud de la participación externa en el resultado o el dominio de hecho.⁸⁶

En una publicación más reciente ROXIN, escribe:

“Hace ya 50 años, con mi trabajo de habilitación sobre Autoría y Dominio de Hecho he introducido en la discusión penal la categoría de los Delitos de Infracción de Deber. Se trata con esto de determinar la autoría. Según mi doctrina ella se fundamenta, en primera línea a través del dominio de hecho sobre los sucesos. [...] No obstante, en otros casos, tal y como había explicado entonces, la autoría se basa únicamente en un atentado contra

⁸⁵ MAYHUA QUISPE, Luis Miguel. La participación delictiva del extraneus en los delitos de infracción de deber, en Imputación y Sistema Penal, Ara Editores, Lima, 2012, pp 196-199

⁸⁶ Cfr. ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Especiales formas de aparición del delito, Tomo II, primera edición, Thomson Reuters-Civitas, 2014, pp 179-180

*una posición especial de deberes.[...]. En aquel entonces yo había introducido esta doctrina en los siguientes términos: <<el deber fundamentador de la autoría consistiría en un punto de vista que debe ser separado del dominio del hecho y que lleva a una delimitación esencialmente distinta. Para caracterizar resumidamente los tipos en cuestión en la importancia que tienen para hablar de autoría, se podría hablar de Delitos de Infracción de Deber. Por el contrario, se podría designar como delitos de dominio a los tipos en los cuales la autoría y la participación contrastan entre ellas a través del dominio y no de posiciones especiales de deberes. [...]. Según esta concepción, la particularidad de los Delitos de Infracción de Deber radica en que puede ser autor de un Delito de Infracción de Deber incluso sin haber tenido ninguna participación en el dominio del hecho [...]. Según mi doctrina también los hechos de omisión impropia forman parte de los delitos de infracción de deber. La lesión del deber de garante por si sola hace que el omitente sea autor, aun cuando el hecho como tal sea ejecutado por otro. Por tanto, el padre que no hubiera intervenido en contra de los abusos que otro estaba ejecutando en su hijo deberá ser penado como autor de lesiones corporales y no solamente como cómplice por omisión.*⁸⁷

Sobre los Delitos de Infracción de Deber, FIGUEROA asintiendo con ROXIN, sostiene enfáticamente que son una categoría específica de hechos punibles, en los cuales el agente o autor quebranta deberes especiales, identificándoseles por ello con los Delitos Especiales. Es decir, no se trata entonces de la infracción de cualquier deber, sino de deberes con específicas características que de ser incumplidos acarrea una sanción. Siendo así, no todos los delitos podrían considerarse como de infracción de deber. En consecuencia solo el que tiene

⁸⁷ ROXIN, Claus. La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Tomo II, GRIJLEY, Lima, 2016, pp 305-306. En la misma obra continua ROXIN que en el desarrollo de su concepción se había guiado por la idea de que la autoría en delitos de infracción de deber se basaría únicamente en la infracción de un deber integrado en el tipo pero lógicamente ubicado previamente fuera del derecho penal. Dice que detrás de ello, se encontraban dos reflexiones. Por un lado le interesaba establecer un límite entre el deber constituyente de la autoría y el deber de evitar, en el que se basa toda norma penal. Por ello, en 1963, en la primera edición de su libro sobre dominio de hecho no se estaba refiriendo al deber que surge de la norma penal, cuya inobservancia lleva a la sanción prevista en el tipo. Dice que este deber existe en todo delito. Se extiende sobre todo también a inductores y cómplices no cualificados; pues si los partícipes como destinatarios de la norma, no fueran abarcados por el efecto obligacional, no podría (...) fundamentarse su punibilidad (...). Más bien, el elemento que decide sobre la autoría de la lesión (...) se trata (...) de un deber extrapenal que no extiende necesariamente a cualquier partícipe delictivo, pero que es indispensable para completar el tipo. En ello se trata siempre de deberes que lógicamente están ubicados antes de la norma penal y que, por lo general, surgen en otros ámbitos del derecho. Los (...) deberes de derecho público de los funcionarios públicos, los preceptos sobre guardar reserva del derecho de las profesiones, y las obligaciones civiles de prestar alimento y guardar fidelidad son solamente ejemplos de este tipo. Es característico de todos ellos el que los portadores de estos deberes destaquen de entre todos los demás coparticipantes a través de una relación especial con el contenido de injusto del hecho, y que el legislador, por ello, en aras de esta obligación los considere como figura central de los sucesos configuradores de la acción, y con ello, como autores. Por otro lado, en 1970 se ocupó por segunda vez del tema, le pareció que la referencia a deberes extrapenales también sería necesaria para garantizar la exigencia constitucional de taxatividad. (...)" *Ibidem*.

determinadas atribuciones puede ser autor de estos delitos, y no cualquier sujeto.⁸⁸ Como se verifica en este constructo dogmático, deviene en responsabilidad penal quien atenta contra un deber especial, el cual una vez lesionado, da pie a que se reproche con una pena. Existe una adherencia entre el deber que no necesariamente tiene que ser penal y quien lo ostenta. Esta adherencia, implica mínimamente un determinado comportamiento, de lo contrario se estaría vulnerando la misma; por consiguiente, verificada dicha vulneración, la adherencia que otorga ciertas atribuciones se fractura repercutiendo en deleznable consecuencias sociales. En suma, si un sujeto asume cumplir con un deber, el mínimo esfuerzo que debe realizar es sin lugar a dudas, debe dirigirse a garantizar su cumplimiento.

Por su parte, PARIONA, aludiendo a la Teoría de ROXIN, señala que el centro de los Delitos de Infracción de Deber lo constituye el *deber especial del autor*. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: «se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho, como la Familia.⁸⁹ Este razonamiento es más claro en cuanto identifica que la categoría de los Delitos de Infracción de Deber, encuentra su sustento material, precisamente en la lesión a deberes extrapenales que va más allá del bien jurídico protegido. Es decir, se atenta contra un deber extrapenal reconocido por otra rama del Derecho. En consecuencia, podemos inferir que el Derecho Penal, no solo está para garantizar la vigencia de los bienes jurídicos señalados en la parte especial del Código Penal sino los bienes señalados en otra fuente jurídica.

El autor de la cita anterior en otro trabajo reitera su opinión y dice que la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber fue fundada por Claus ROXIN y en la actualidad se ha impuesto en la doctrina. La jurisprudencia, entre tanto, viene asumiéndola crecientemente, pues se trata de una construcción teórica que

⁸⁸ FIGUEROA ORTEGA, Iván. Delitos de infracción de deber, Dykinson, Madrid, 2008, p 27

⁸⁹Cfr. PARIONA ARANA, Raúl B. El delito de peculado como delito de infracción de deber, ubicado el 22-VI-2016, Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/14_El_delito_de_peculado_como_delito_de_infraccion_de_deber.pdf

permite solucionar con solvencia los problemas de autoría y participación en delitos cuyos tipos penales contienen deberes especiales.⁹⁰ En ese mismo sentido, VÍLCHEZ, secunda que ROXIN configura los Delitos de Infracción de Deber como aquellos cuyo tipo se realiza a través de la lesión de deberes especiales extrapenales, por lo que autor sólo puede ser quien lesiona aquel deber.⁹¹ De ambas afirmaciones se puede deducir que aquello que ROXIN postuló fue la reparación penal a deberes que no estaban en el contenido del tipo penal.

TORRES ALZAMORA, precisa que la categoría dogmática de los Delitos de Infracción de Deber no se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor.⁹² En la misma línea de pensamiento, FIGUEROA agrega que en los delitos de infracción de deber el círculo de autores estaría restringido a ciertas personas, es decir, no cualquiera podría ser autor, lo cual los equipararía a los delitos especiales [...], se trataría de delitos en que son infringidos deberes de protección y de conservación derivados del Derecho Civil, del Derecho Público o de la Costumbre, a los cuales se les valora como infracción normativa penal, [...]⁹³

En el Perú CARO JOHN coincide con PARIONA y señala que según el planteamiento de ROXIN, el centro de los Delitos de Infracción de Deber lo constituye el deber especial del autor.⁹⁴ Finalmente, VICTORIA OCHOA refiere que Roxin, refiriéndose a su naturaleza considera que se trata de un deber

⁹⁰ PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de los delitos de infracción de deber: Fundamentos y consecuencias, en Gaceta Penal N° 19, ENERO 2011, Perú, p 69,.

⁹¹ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald Henry. La participación en los delitos de infracción de deber. Problemas dogmáticos y una propuesta de solución, Editorial Académica Española, España, 2011, p 19

⁹² TORRES ALZAMORA, Juan E.C. la participación en los delitos de infracción de deber, Centro de Estudios de Derecho Penal Universidad de San Martín de Porres. Y agrega que la opinión de Roxin, se puede resumir de la siguiente manera: 1) Los conceptos de dominio del hecho y de infracción de deber existen como realidades previas ya conformadas. 2) El legislador investiga, en el marco de su reflexión sobre la lesión de bienes jurídicos, si el contenido criminal de un delito se ve influido por una posición de deber y valora está en la relación de su influencia. 3) En caso de tal influencia se considera esencial, se opta por positivar un delito de infracción de deber y, de este modo, es formulado el tipo correspondiente. 4) Por tanto, la existencia o no de un delito de infracción de deber se infiere de la interpretación del correspondiente tipo penal. *Ibidem*.

⁹³ FIGUEROA ORTEGA, Iván. *Op cit*, p

⁹⁴ CARO JOHN José, A. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Anuario de Derecho penal, 2003. p

jurídico público de carácter extrapenal “[...] que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito pero que es necesaria para la realización del tipo [...]” lo cual, per se, implica la visualización de un deber común a todos los tipos especiales y que tienen su carta de nacimiento en otras disciplinas del plexo jurídico; sin embargo, en el mismo contexto de su argumentación se deduce la existencia, no de un deber particular y exclusivo que tomado de disciplinas no penales es transversal al tipo, sino de varios deberes que fijan su naturaleza objetiva en función de criterios que dependen de la particular relación funcional que se predica para el suceso interpretado del singular posicionamiento del obligado por el deber.⁹⁵

Por lo anterior se concluye que fue Claus Roxin, quien introdujo una nueva categoría jurídica de delitos respecto a la delimitación de autor, con lo cual indica que es autor quién domina el riesgo típico (delitos de dominio) y también resulta ser autor quién infringe deberes especiales de naturaleza extrapenal, los mismos que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarias para su realización, precisando que ambas teorías son excluyente.

2.2.5. La concepción de Gunther Jakobs sobre el delito de infracción de deber.

Posterior a Roxin, fue Günther Jakobs quien comenzó a elaborar una de sus tesis más genuinas según la cual, de la misma manera que hay Delitos de Dominio por comisión: del propio ámbito de dominio no deben surgir peligros de lesión de bienes jurídicos ajenos (por eso se castiga el homicidio), y Delitos de Infracción de Deber de preservar bienes jurídicos (por eso se castiga al funcionario que incumple su deber de dictar resolución justa), hay dos tipos de delitos de omisión, el de aquellos que infringen deberes de configuración de un ámbito de organización y el de aquellos que infringen deberes en virtud de responsabilidad

⁹⁵ VICTORIA OCHOA, Diego Fernando. La condición de incumbencia especial como criterio fundante de la autoría en los delitos de infracción de deber, en VIA IURIS, Número 19 Julio-Diciembre 2015, P 14

institucional, **con la familia**, la empresa y la administración, como instituciones básicas que obligan a pro-actuar⁹⁶.

Para este autor, los Delitos de Infracción de Deber son delitos en que se infringe un deber de naturaleza positiva, es decir, un deber de ayuda o solidaridad, derivado de instituciones positivas (como el Estado, la paternidad, relaciones de confianza, etc.), o lo que es lo mismo, de un deber de actuar, de "edificar un mundo en común" con ciertas personas. En fin, se trata de delitos fundados en la violación de deberes extrapenales de apoyo o colaboración, derivados de instituciones sociales, a las cuales cataloga como "positivas"⁹⁷.

Tal como lo afirma PARIONA, diferencia de ROXIN, en JAKOBS la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor⁹⁸. Esta idea es fortalecida por CARO JHON, cuando manifiesta que la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento otorgado por JAKOBS quien, en el marco de un pensamiento normativista del sistema del Derecho Penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación ampliada de los Delitos de Infracción de Deber. Y explica que según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal.⁹⁹ Es decir, hay delito por que no se respeta el ámbito de competencia donde un sujeto desarrolla el rol que ha asumido ya sea por mandato positivo o negativo. Al respecto, es el propio ROXIN quien señala que JAKOBS, ve los Delitos de Infracción de Deber como casos de competencia institucional¹⁰⁰.

⁹⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas {las formas de la autoría y modalidades del delito , en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, ubicado [12-IV-2016] , Obtenido en: <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>

⁹⁷ FIGUEROA ORTEGA, Iván. OpCit, p

⁹⁸ PARIONA ARANA, Raúl B. El delito de peculado como delito de infracción de deber, ubicado el [22-VI-2016] Op Cit.

⁹⁹ CARO JHON, José A., OpCit

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Op Cit, p 323. Continúa ROXIN, diciendo: "JAKOBS, diferencia entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber según el tipo de conducta que se reproche al autor. Los delitos de resultado comunes cometidos por cualquiera son caracterizados por el

En conclusión, cuando JAKOBS habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general —y el primero que antecede a todos— el de no lesionar a los demás en sus bienes —acuñado en el latín con la expresión *neminem laede*—; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de *competencia institucional*—a los que pertenecen los Delitos de Infracción de Deber—. Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial.

Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. Por ejemplo: se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo lleva a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte.

criterio de autor de dominio del hecho. Entonces aquí, se trata de un mero no dañar a otro. No obstante ello, también hay delitos, en los cuales determinadas personas deben responder en general por la permanencia de un bien y no solamente porque su propio círculo organizacional lo afecte dañosamente. En estos casos, la relación que el interviniente tiene con el bien sería siempre la de autor. El sería por lo menos autor omisivo e incluso en caso de una contribución incidental mediante un hacer, autor comisivo; la diferenciación comisión-omisión perdería entonces sus sentidos. ”Prosigue ROXIN, que JAKOBS, entiende a la Institución en sentido científico social, como una forma de relaciones jurídicamente reconocida en una sociedad que ha sido retirada de la libre disposición de los particulares. Los deberes de tal institución solamente pueden ser equivalentes a la comisión cuando institución tuviere el mismo peso elemental que tiene esta en la existencia social como la responsabilidad por las consecuencias en los delitos de organización. *Ibidem*.

2.3. Intervención delictiva e infracción de deber

2.3.1. Autoría en los Delitos de Infracción de Deber.

En los Delitos de Infracción de un Deber, el concepto de autor como figura central será distinto. ROXIN parte de la premisa de que en estos tipos de delitos, lo que se protege es la no-vulneración, por parte del obligado, de un deber extrapenal, el cual no se extiende a todos los implicados en el delito; pero que es necesario para la realización del tipo. “No es el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría, sino la infracción de un deber extrapenal.” Aquí la figura central lo constituye el que posea el deber extrapenal.¹⁰¹

2.3.1. Autoría directa.

Este tipo de autoría es de fácil comprensión, dado que señala a aquel sujeto que realiza personalmente, de propia mano, todos los elementos del tipo penal. Es quien con su propia conducta física materializa el correspondiente tipo penal. Debe cumplir, por supuesto, con todos los elementos que exige el tipo, desde la condición personal hasta el dolo (propósito), cuando es fundamentador del tipo. Es quien mata en el Homicidio o quien sustrae en el Hurto. El hecho se le imputa de manera directa.¹⁰² En consecuencia, solo es autor directo aquel sujeto que viola el deber impuesto por la institución positiva, es decir, por ostentar la relación una relación institucional con un bien jurídico al que se le encargo mediante voluntad propia, es la esfera de la institución positiva en postrimer la que se encargará de limitar la esfera de la autoría. En suma solo será autor del delito de infracción de deber, quien porta el deber especial dentro de la esfera de la institución positiva.

2.3.2. Autoría mediata.

JAKOBS citado por VERA TOSTE, señala que surgió dicha forma de intervención delictiva para salvar lagunas de punibilidad al enfrentarse los operadores jurídicos a supuestos de hecho en donde la realización de éste, por parte de un sujeto que

¹⁰¹ VERA TOSTE, Yan. Autoría y Participación, Editorial UNIJURIS, Cuba, 2015, p 28.

¹⁰² ibídem, 2015, p 35

utilizó a otro como instrumento quedaría impune¹⁰³. Ahora en el contexto de los delitos de infracción de deber. Al respecto, MAYHUA, se cuestiona sobre la posibilidad de hablar de autoría mediata, mediante la instrumentalización dolosa no cualificada en los delitos de infracción de deber a lo cual responde de manera negativa, puesto que el fundamento de los delitos de infracción de deber como ya se ha sostenido, reside en la relación institucional que posee el obligado especial.

2.3.3. Coautoría.

Sobre este punto es recurrible la doctrina de MAYHUA, quien nuevamente aludiendo a ROXIN sostiene que no es posible una coautoría en los Delito de Infracción de Deber, puesto que el deber institucional no está ligado expresamente a la infracción que se quebrantó, y que aun poseyendo deber institucional e interviene en la ejecución de un acto delictivo para la transgresión de una institución positiva y que ella no esté dentro de su ámbito de protección, no estaríamos frente a una figura de Coautoría, si no que nos encontraríamos por lo mucho a una complicidad.¹⁰⁴

2.3.4. Participación en los Delitos de Infracción de Deber.

En el punto anterior sucintamente nos hemos referido a la autoría. Pero en la dogmática penal, es sabido que la delincuencia no se agota en dicha categoría en cuanto intervención delictiva se refiere. Nos corresponde, en el marco del tema que venimos tratando, referirnos a la participación. Por ello, los funcionalistas, actualmente señalan la distinción entre autor y partícipe no debe establecerse con base en un criterio cualitativo, puesto que todos los que actúan en el hecho son competentes por el delito, con la particularidad de que el autor es un competente preferente por la mayor cantidad de dominio (en los delitos de dominio), teniendo el partícipe una parte en el hecho, sólo que reducida cuantitativamente.¹⁰⁵ Y según Desde la visión moderna de la participación delictiva, esta se fundamenta en la colaboración o contribución a un hecho ajeno, el del autor. Ahora bien, según esta teoría, la relación entre el hecho del autor y del partícipe es de

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ MAYHUA QUISPE, Luis Miguel. Op cit. P 225

¹⁰⁵ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald Henry. OpCit, p 28

naturaleza dependiente o accesoria. Por lo que, en materia de participación rige el principio de accesoriad¹⁰⁶. Sobre su tratamiento en los delitos de infracción de deber nos abocaremos líneas infra.

A. Unidad del título de imputación.

Los defensores de esta postura suelen sostener que en un colectivo de intervención, donde participa un intraneus y otro extraneus, existe la posibilidad de la participación del extraño, sosteniendo que en la comisión de un delito especial es autor del mismo quien posee la calidad de autor, extinguiendo la posibilidad de impedimento de que un delito especial donde existe la autoría por parte del autor del tipo penal pueda surgir una participación, cuando un partícipe extraño colabora en la ejecución de un delito especial de dominio del hecho.

B. Ruptura del título de imputación.

Quienes defienden dicha postura argumentan que cuando se presenta un problema para identificar a los intervinientes en el evento delictivo, debe resolverse del modo siguiente. Escribe MAYHUA:

“Cuando exista la participación de un particular a un obligado especial, para que este último cometa un delito especial. Solo queda la posibilidad de hacer responsable del delito especial al obligado especial, y será autor del delito común el particular que son su acto a transgredido o ha lesionado el bien jurídico que está protegido por algún tipo penal común, esto es, solo es posible una imputación del delito especial por parte del obligado especial, y por el particular solo será posible una autoría cuando exista un tipo subyacente, que ha ejecutado en razón de la participación en el delito especial.”¹⁰⁷

Frente a ambas posiciones, GARCÍA CAVERO sostiene que en el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas al de los delitos de dominio, es decir, no se seguiría la

¹⁰⁶ GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. Autoría y participación en la jurisprudencia del tribunal constitucional. ¿es necesaria una nueva teoría de la intervención?, en Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008, fondo editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 228.

¹⁰⁷ MAYHUA QUISPE, Luis Miguel. Op cit. P 232

teoría de la unidad del título de imputación. La razón de este cambio de criterio radica en que la infracción de la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede ser realizada por los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden infringir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber. Por lo tanto, al que ayuda al obligado institucional a cometer el delito especial de infracción de un deber no podrá sancionársele con base en el marco penal establecido en este delito especial¹⁰⁸.

2.4. Omisión impropia y delito de infracción de deber.

En la teoría de los delitos de infracción de deber, uno de los aspectos en que más se confrontan las tesis de JAKOBS y de ROXIN es respecto a los delitos de omisión¹⁰⁹, y más exactamente, respecto de los delitos de omisión impropia, también conocido como de "comisión por omisión". ROXIN, relaciona estrechamente los delitos de omisión con los delitos de infracción de deber. En cambio, para JAKOBS, no todos los delitos de omisión son delitos de infracción de deber, ya que en algunos casos, mediante una omisión podrán quebrantarse deberes de abstención, deberes negativos derivados del *nemidendaede*.

2.4.1. La omisión impropia.

2.4.1.1. Generalidades.

La omisión impropia no se agota, como la omisión propia, en la no realización de una conducta esperada por la norma, sino que consiste en la no evitación de un resultado lesivo para el bien jurídico. En este caso estamos frente a tipos abiertos, en los que, mediante la aplicación de una cláusula contenida en la parte general, el juez establece el deber de actuar. Se trata, pues, de supuestos que no se encuentran contenidos en la parte especial del código como sucede con el delito

¹⁰⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales, en La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, pp 122

¹⁰⁹ En este punto, conviene que fijemos nuestra mirada en la doctrina de FIGUEROA ORTEGA, cuya opinión, a nuestros intereses es la más elaborada respecto de la materia que vamos a dilucidar. Por lo tanto, sus criterios serán tomados en cuenta de forma integral.

de omisión propia.¹¹⁰ FIGUEROA señala que lo característico de delitos de omisión impropia es la producción de un resultado típico, el cual no fue evitado por quien pudo y tenía el deber de hacerlo, esto es, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de evitarlo. La estructura de estos delitos sería equivalente entonces a la de los delitos de comisión activa, sin embargo, su relevancia jurídico-penal, no surgirá de la causalidad natural, sino de la lesión de la autonomía de otros

2.4.1.2. Diferencia con la omisión propia.

FIGUEROA sostiene que la estructura del delito suele ser la característica en la que se diferencian ambas categorías. Los delitos de omisión impropia serían la contrapartida de los delitos de acción y resultado (delitos de resultado por comisión), sólo que el mandato requeriría evitar un resultado que pertenece a un delito de comisión, haciéndose así una equivalencia entre ambas clases de delitos (el activo y el omisivo). Por el contrario, en los delitos de omisión propia se ordenaría la ejecución de una acción positiva, no dependiendo su punibilidad de un delito activo. Prosigue FIGUEROA, diciendo que en los delitos de omisión impropia -a diferencia de los delitos de omisión propia-, exigen las dos clases de resultado, es decir, tanto una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, como el daño material para un bien jurídico. En cambio, en los delitos de omisión propia el tipo no requeriría dicha modificación del mundo exterior, sino que dadas las circunstancias la omisión misma representará la lesión o el peligro para el bien jurídico. Así, en los delitos de omisión propia la mera omisión consumará el delito, mientras que los de omisión impropia se consumarán con la producción del resultado naturalista. En suma, en la omisión impropia el autor tendrá el deber de impedir que el daño para el bien jurídico, debiendo cumplirlo mediante una acción positiva, y si la acción esperada no se realiza en una situación de necesidad, el delito se perfeccionará cuando se produzca el resultado, es decir, cuando se materialice dicha modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos. Por el contrario, en la omisión propia bastará que no se realice la acción exigida legalmente. En estos casos al ejecutarse la conducta

¹¹⁰ BERNATE OCHOA, Francisco. Imputación objetiva y responsabilidad penal médica, Editorial Universidad de Rosario ,Colombia, 2011, p

debida se evita el resultado valorado objetivamente por el ordenamiento jurídico, pero el legislador no convierte la producción del resultado en un elemento del tipo ni su evitación en un deber para el omitente (son hechos que se agotan en no realizarse la acción requerida por ley). En cambio, en la omisión impropia la producción del resultado pertenece al tipo y el garante que vulnera el deber de evitarlo es responsable del resultado típico¹¹¹.

2.4.1.3. La imputación objetiva: La "posición de garante".

Antes de definir la posición de garante, hay que señalar que la omisión impropia es inferida al igual que el dolo. Para que se configure como tal y se impute responsabilidad penal, tiene que haber en el sujeto activo un deber de garante. Este debe estar constituido por un actuar precedente, el contrato, o la ley. En la posición de garante debe haber un deber específico positivizado. Este deber específico positivizado a efectos de imputación penal, puede ser, según CARO JOHN, de aseguramiento, de salvamento y por asunción. La lesión a los tres configuraría un delito de infracción de deber. En primer lugar, dice el precitado autor que en el caso de los deberes de aseguramiento, el obligado tiene a su cargo la administración de una fuente de peligro con la responsabilidad que de ella no se deriven lesiones para los demás constituyendo el más general, que alcanza a todas las personas para que cuiden que su conducta no sea un motivo para superar el riesgo permitido con consecuencias lesivas para terceros. Los deberes de salvamento se activan para el portador de un deber de garante cuando de su ámbito de organización ha salido un peligro que puede alcanzar a un tercero y lesionarlo en sus derechos, por eso su deber es de inhibir el peligro creado. Así, el obligado es garante en otras palabras de retrotraer un curso dañoso a in que el peligro existente se mantenga dentro del riesgo permitido. Y finalmente en la asunción el obligado amplía su ámbito de competencia asumiendo voluntariamente una obligación de la que no se puede desentender. Al «asumir» activa una expectativa normativa de protección en la víctima que bloquea la prestación que ella pudo haber recibido de otra parte; es en razón de esto que el obligado tiene el deber de cumplir cabalmente su asunción, como

¹¹¹FIGUEROA ORTEGA, Iván. Opcit, p 86

compensación a la aminoración de protección en que colocó a la víctima. Este es el deber que tienen que cumplir quienes van por la vida haciendo de buenos samaritanos¹¹².

Según, CUADRADO RUIZ fue NAGLER el creador de la teoría del garante, que vino a situar este elemento crucial de la problemática de la equiparación entre acción y omisión, en la tipicidad y no en la antijuridicidad. No toda omisión de una conducta activa que hubiese impedido el resultado da lugar a comisión por omisión. Es decir, para que la omisión de una acción esperada jurídicamente que no ha evitado el resultado lesivo al bien jurídico protegido sea típica, es necesario que el omitente se halle situado en una «especial posición», de la que se derive inmediatamente una obligación, por su parte, de garantizar la indemnidad de determinados bienes jurídicos, alejando así el peligro que sobre los mismos se ciernen.¹¹³

Finalmente FIGUEROA refiere que actualmente la posición de garante es concebida de una manera más amplia, no restringida a los delitos de omisión impropia, sino aplicable también a los delitos de comisión. Es caracterizada como una especial cercanía entre el autor y el bien jurídico, manifestada "cuando el omitente tiene deberes que le imponen cuidar que los peligros que se derivan de la propia organización respecto de los bienes jurídicos que el derecho protege, o bien, cuando esos deberes le son impuestos por la posición que ocupa dentro de un marco institucional determinado". La posición de garante ha pasado entonces a convertirse en elemento fundamental para la imputación en cualquier delito. Ha dejado de concebirse como una categoría privativa de los delitos de omisión impropia, haciéndose propia de toda hipótesis delictiva, por lo cual también en el delito de comisión cabrá exigir una posición de garante¹¹⁴.

¹¹² CARO JOHN, José Antonio. Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión, en La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2011, pp 93-94

¹¹³ CUADRADO RUIZ, María Ángeles. La posición de Garante, Revista de derecho penal y criminología, N° 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) 2000, p 19

¹¹⁴ FIGUEROA ORETGA, Ivan. OpCit, p 88

2.4.2. Omisión, autoría y delito de infracción de deber.

2.4.2.1. El "dominio del hecho" en la omisión.

En el planteamiento de ROXIN, el "dominio del hecho" es inconciliable con el delito de omisión, pues en estos comportamientos lo esencial será la violación del deber de garante, no el "dominio del hecho", motivo por el cual los cataloga como delitos de infracción de deber. En ese sentido "si alguien omite deliberadamente lanzar el salvavidas a quien se está ahogando, o si, en general, un garante no sale al paso, conscientemente de un peligro que se cierne, puede decirse perfectamente de ambos, en tanto que el resultado sea evitable, que -al margen de la cuestión de la causalidad- tienen el suceso "en su manos", en virtud que de ello depende que el nadador se ahogue o que ocurra otra desgracia". No obstante, desde su perspectiva, es inadmisibles en los delitos de omisión impropia el "dominio del hecho" pueda hacerse consistir en la capacidad de evitar la producción del resultado.¹¹⁵

En otras palabras, lo que ROXIN asegura es que, no puede denominarse como "dominio del hecho", a la posibilidad de evitar el resultado, ya que tal posibilidad la tiene igualmente el partícipe en la mayoría de los casos, por lo cual no podría diferenciarse autoría de participación; "se frustraría el alcanzar el objetivo de delimitar autoría y participación, perseguido por la teoría del dominio del hecho" ("si se quisiera considerar señor del hecho a aquél que sólo tiene una importancia de segundo orden en el curso de la acción, por la simple circunstancia de que hubiera podido evitar el resultado interviniendo activamente -por ejemplo, denunciando o demandando auxilio ajeno-, ya no habría apenas inductores y cómplices")¹¹⁶.

De este modo, la capacidad de evitar el resultado sólo vendría a ser un presupuesto de la punibilidad de la omisión, pero no un criterio para deslindar autoría de participación. Es decir refuerza, el reproche penal. En dicho contexto, ROXIN señala para resolver este problema dos soluciones posibles. La primera, la de entender que en estos casos además del "dominio del hecho" es necesaria

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

una posición de garante. No obstante, de esto ser así, ya no sería la posibilidad de evitar el resultado la que decidiría sobre la autoría, sino el deber inherente a la posición de garante, desembocándose entonces en su propia tesis, es decir, en sostener que en los delitos de omisión la autoría se fundamenta en la infracción del deber, por lo cual son delitos de infracción de deber.¹¹⁷

La segunda posibilidad sería la de distinguir autoría y participación, en la menor o mayor dificultad de evitar el resultado ("un omitente sería señor del hecho no ya cuando podría evitar el resultado, sino sólo cuando le sería posible evitarlo sin esfuerzo". No obstante, objeta Roxin, que de tal forma se habría abandonado el punto de partida; "incluso aquél que sólo con esfuerzo puede cambiar el destino tiene el resultado -de quererse trabajar con esta idea- "en sus manos", quedando descartadas otras distinciones ulteriores.¹¹⁸

Por último, Roxin ha advertido que "un concepto de dominio del hecho así construido queda reducido *ad absurdum* considerando que un garante que omite, no existiendo ningún autor de comisión entre él y el resultado, tiene que ser autor sean cuales sean las circunstancias, con tal que sea posible y exigible una intervención que impidiera el resultado. Pero si el cuasidominio del hecho es independiente aquí de la "facilidad" de la evitación, tiene que serlo siempre".

2.4.2.2. ¿Todos los delitos de omisión son delitos de infracción de deber?

Roxin en su estudio sobre los delitos de infracción de deber, ha llegado a dos conclusiones respecto a la omisión, a saber: por un lado, existen delitos aparentemente de dominio del hecho, que pueden ejecutarse por omisión y por otro, que en una omisión no se puede dominar el hecho, por lo cual un delito de dominio no puede ejecutarse por omisión.

Esta aparente contradicción ha sido resuelta por Roxin, considerando que los delitos de dominio pueden ejecutarse por omisión, pero que en tal caso, la autoría se fundamentará en la infracción del deber. Así, los delitos que realizados activamente son delitos de dominio del hecho, se convierten en delitos de

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

infracción de deber al ejecutarse mediante por omisión, por lo cual la distinción entre autoría y participación dependerá de la modalidad de la conducta. El núcleo del deber en los delitos de infracción cometidos por omisión, vendría entonces dado por la "**posición de garante**", ya que allí reside el deber extrapenal de evitar el resultado.¹¹⁹ No solo de evitarlo, sino de no provocarlo a fin de salvaguardar el bien jurídico encomendado. Por ejemplo, la vida, el cuerpo y la salud. En síntesis, para Roxin, todo delito de omisión será delito de infracción de deber. En cambio, para Jakobs, no todo delito de omisión será de infracción de deber, ya que también delitos de responsabilidad por organización podrían realizarse por omisión.¹²⁰

FIGUEROA continúa desarrollando su doctrina y señala que lo anterior está vinculado con el problema de la obligación originaria. Refiere que la cuestión de fondo es la de si la prohibición comprende a las omisiones, o realmente solamente se limita a la prohibición de acciones. Concluye que de restringirse la obligación originaria a la prohibición de acciones, habría que entender que los tipos penales describen solamente procesos causales (y sólo por excepción omisiones), de modo que para castigar una omisión como si fuere una acción, sería necesario un fundamento jurídico especial, una posición de garante. En cambio, si la prohibición abarcare simultáneamente las omisiones, todo delito podría cometerse indistintamente mediante acciones u omisiones, sin necesidad de ningún fundamento jurídico especial, ya que ambas modalidades estarían prohibidas.¹²¹

Dice FIGUEROA, siguiendo el primer criterio, el delito de omisión sería menos grave que el de comisión, y por lo tanto, de menor importancia para el Derecho Penal, ya que su contenido de injusto sería menor. Esta opinión, como he adelantado, ha sido fundamentada en la idea de que el delito de omisión está vinculado únicamente con un deber de solidaridad, y no con la obligación originaria de no dañar. Además, como el delito de omisión implicaría una mayor exigencia para el ciudadano, en virtud de que impone el deber de hacer algo, se justificaría aplicarle reglas diferentes. En cambio, siguiéndose el segundo criterio,

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

entre acción y omisión existiría una total equivalencia, todo delito podría ejecutarse indistintamente de ambas maneras, pudiendo aplicárseles equivalentes reglas. Esta es la tesis sostenida por autores como Jakobs, a la cual me adhiero en esta investigación.

El antecedente de la concepción, que limita la obligación originaria a la prohibición de acciones, como indiqué en el capítulo anterior, se encuentra en Feuerbach, para quien el fin del Derecho Penal era el mantenimiento de los derechos del Estado y los derechos de los súbditos, y el delito debía considerarse como la violación del derecho. Según este autor, la "obligación originaria del ciudadano" estaba limitada a no ejecutar violaciones activas del derecho, por lo que para castigar una omisión se requeriría un fundamento jurídico especial (ley o contrato), en el cual debe basarse la obligación de actuar. Sin dicho fundamento jurídico especial, la omisión no podría ser delictiva, ya que no sería suficiente una mera obligación ética. Así, las violaciones del derecho activas se encontrarían prohibidas por la "obligación originaria", mientras que las omisiones sólo en situaciones especiales (cuando el mandato tiene la misma firmeza que la prohibición); "la obligación originaria tiene entonces únicamente un contenido negativo, la prohibición de conductas activas. En cambio, lo positivo sólo podría sobrevenir por la concurrencia de un fundamento especial".

CAPÍTULO TERCERO: REGULACIÓN DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

3.1. Derecho Penal y Violencia Familiar: una relación desde siempre.

No se puede negar la estrecha vinculación entre el Derecho de Familia y el Derecho Penal, de manera que hoy se habla de Derecho Penal Familiar como una rama jurídica especializada. Esta rama, se entiende como un *conjunto de normas jurídicas que protegen y tutelan a la familia, cuando es agredida por medio de actividades ilícitas, realizadas por sus miembros en contra de su propia familia o por terceros, alterando las relaciones familiares, poniendo en peligro o dañando a la célula social básica por excelencia*¹²². En efecto, no se puede desligar la responsabilidad del estado respecto de la familia. Así pues, si realizamos un tratamiento hermenéutico del concepto glosado anteriormente, podemos afirmar que tiene siete elementos, los cuales son, *la norma*, cuyo espíritu es ordenar la institución de la familia. Es decir, la familia no es autónoma en sentido absoluto. El segundo elemento, está constituido por el destino de las normas que regulan la institución de la familia, esto es, se dirigen a protegerla y tutelarla frente a las actuaciones arbitrarias de no solo de los miembros de la familia sino de terceros. El tercer elemento está constituido por el ataque que pueden recibir las familias, con hechos que constituyan delitos, los cuales deben estar descrito en abstracto por la norma penal, que se van a actualizar en la tipicidad, como un elemento más del delito. El cuarto elemento que se debe destacar, es que las agresiones contra la familia, puedan ser efectuadas por sus integrantes o por terceros, en contra de esas familias o de sus miembros, pues la familia como organización social, puede ser agredida por quienes la integran; por ejemplo con el parricidio o la violación de uno de sus miembros. Por otro lado debe quedar clara la hipótesis de que la familia reciba la agresión de terceros, ajenos a ella y que en el Derecho Penal Familiar, recibe un tratamiento distinto. Por ejemplo, si un ladrón se introdujera a una casa con el ánimo de robar o agredir a esa familia, y en esa acción cualesquiera de los miembros de la misma,

¹²²GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Penal Familiar, en Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Cuba, 2013, p 46.

repeliera esa agresión, matando al intruso, las normas que venimos comentando, le darán un tratamiento jurídico distinto, en cuanto a la acción ejercitada por esa persona, que para proteger a su familia, hizo uso del derecho de legítima defensa.

El quinto elemento que a consecuencia de los ilícitos cometidos contra la familia, se van a alterar las relaciones familiares; es decir, si los propios miembros de la familia; por ejemplo, si un hermano abusa sexualmente a su hermana o mata a su padre, evidentemente dicha familia será trastocada en sus cimientos y se verán menoscabadas las relaciones entre ellos. La familia ya no será la misma. El sexto elemento, se refiere a poner en peligro a esa familia y a sus miembros, donde debe quedar claro, que la agresión que se haga contra aquella, ponga en hipótesis grave de peligro, de alteración o de perder la familia la estabilidad, por los actos o hechos jurídicos cometidos contra ella por sus propios miembros o terceros ajenos a la misma. Y finalmente es requisito indispensable, para que se dé con plenitud el Derecho Penal Familiar, que las diferentes conductas o hechos, incluso abstenciones, dañen a la familia o a sus miembros.

Un fenómeno que afecta a la familia, y de connotación penal, es la violencia familiar. El estado no ha sido ajeno a dicha realidad, pues en diferentes momentos ha intentado darle solución con la promulgación de normas para su prevención y su sanción. Así tenemos, la ley N° 26260, que promulgó la ley de Protección frente a la Violencia; la misma que fue modificada por la Ley N° 26763. Frente a ello, mediante Decreto Supremo N° 006-97-JUS, publicado en el diario oficial el peruano, del 27 de junio de 1997, se aprobó el texto único Ordenado de la Ley N° 26269, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar. En el año 2015, el estado nuevamente entendió que la violencia familiar era incontrolable, por ello promulgó la Ley N° 30364 y recientemente el Decreto Legislativo 1323 de enero de 2017.

3.2. Principio de necesidad en Derecho Penal: principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima.

Frente al principio de la dignidad de la persona humana y del principio de igualdad material ante la ley penal, entendidos ambos en su dimensión limitadora del *iuspuniendi* estatal, los que a su vez legitiman la legislación penal sustantiva y su

correspondiente legislación adjetiva están otros principios de corte penal, a fin de llegar a establecer más adelante si se respetan los mismos cuando el Estado en su tarea persecutoria instaura una política criminal. Uno de estos principios es el de necesidad penal.

Este principio limitador del Derecho Penal consiste en señalar que la legitimación de este se supedita a cuando se le requiera como medio para garantizar la vigencia de determinados bienes jurídicos. Así pues, si no existe la necesidad de la presencia de normas penales, automáticamente estas son obsoletas. La necesidad de la existencia del derecho penal, a su vez tiene una doble dimensión. Acoge por un lado al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y al principio de intervención mínima, por otro.

3.2.1. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

La opinión general es que el derecho penal es necesario solamente cuando no existe otro mecanismo igual de suficiente o idóneo para proteger bienes jurídicos tutelados, exigiendo en esa línea, el cumplimiento de una serie de requisitos que coadyuven a franquear su participación en el ordenamiento jurídico. Entonces es oportuno identificar la concepción de bien jurídico y por qué debe ser objeto de protección exclusiva por parte del derecho penal.

Por bien jurídico tutelado por el derecho penal, señala POLAINO NAVARRETE, *“se conoce a los **bienes** y valores, personales o sociales, imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria del ser humano en sociedad”*¹²³ *cuya lesión expresa el contenido substancial del injusto típico*¹²⁴. Estos bienes o valores *“son de protección exclusiva en tanto, constituye una de las garantías (...) que no sólo explica la función del Derecho penal, sino que limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado”*¹²⁵. Por tanto, habrá valores o bienes igualmente tutelados por el ordenamiento y para los cuales el derecho penal será ajeno. Ello deriva en la

¹²³POLAINO NAVARRETE, Miguel. Protección De Bienes Jurídicos Y Confirmación De La Vigencia De La Norma: ¿Dos Funciones Excluyentes?, en Criminogénesis, Núm. 0, Julio 2007, Criminogenesis, México, D.F., 2007, p. 18.

¹²⁴ *Ibídem*.

¹²⁵AGUADO CORREA, Teresa. Análisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en derecho penal, en El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal, Editorial Edersa, Madrid, 2006, p. 161.

conjetura que se impondrá una sanción, siempre que se verifique grave lesión a un bien jurídico, claro está, siguiendo los mecanismos establecidos por la norma procesal.

3.2.2. Principio de intervención mínima: “principio de subsidiariedad” y “principio de fragmentariedad”.

A. Consideraciones generales e importancia del principio de intervención mínima.

En el punto precedente hemos establecido que el derecho penal solo actúa cuando se ha lesionado bienes jurídicos protegidos, siendo esta protección exclusiva, a fin de garantizar el sensato espíritu de la norma penal sustantiva y adjetiva. Asumiendo este concepto, con el principio de mínima intervención se persigue que el derecho penal proceda *“cuando otros medios de control social de carácter no penal sean insuficientes; empero, sólo para proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más insoportables o intolerables”*¹²⁶, pues *“gracias a este principio, el Derecho Penal es la última ratio legis o razón legal del Estado, para mantener el equilibrio social, ya que si abusara del Derecho Penal se entraría al llamado terror penal”*. Es decir consiste en un límite para el legislador, pues de lo contrario se llegaría a la arbitrariedad del derecho penal. En consecuencia como dice SÁNCHEZ FRANCISCO, *“el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado, que limita la intervención de éste y constituye, al menos en teoría, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados que adoptan un modelo democrático y social de Derecho”*¹²⁷

La importancia de este principio radica que en virtud de su función garantista, encamina a que el orden jurídico establecido, solo tenga un efecto protector en

¹²⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Diccionario Jurídico, Editorial Vlex, Barcelona, 2013.

¹²⁷ SÁNCHEZ FRANCISCO, Julio Roberto. El principio de intervención mínima en el estado mexicano, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Núm. 23, Enero 2007, editorial del Instituto de la Judicatura Federal, México, 2007, p. 280.

relación a determinados ataques graves sobre determinados bienes jurídicos consagrados por la sociedad¹²⁸.

B. Formulación y fundamento del principio de intervención mínima.

La formulación dogmática de este principio la dio en su oportunidad el profesor MUÑOZ CONDE. Para él, dice AGUADO CORREA, que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes.¹²⁹ Y el fundamento del principio de intervención mínima, a decir de la autora que nos precede, sería triple: *fundamento político, fundamento criminológico y fundamento político-criminal*. Sobre el primero, este principio contaría con un sólido fundamento político que arranca de la doctrina del pacto social, al renunciar el hombre a aquella parte de su libertad que sea indispensable para constituir un depósito público que garantice la libertad. Respecto del segundo, prosigue AGUADO CORREA, que toda pena que exceda de la necesidad de mantener el estado de la sociedad sería injusta y contraria al contrato social. Y sobre el último, se constata que el derecho penal posee una eficacia relativa en cuanto a la prevención de delitos se refiere, por tanto no constituye el medio más idóneo ni el más eficaz para prevenir los delitos, a pesar de que ninguna política criminal puede prescindir del mismo derecho penal como ultima ratio o carácter subsidiario del derecho penal¹³⁰.

C. Principio de subsidiariedad: Derecho Penal como «ultima ratio» o carácter subsidiario del Derecho Penal.

Forma parte este principio de la intervención mínima del derecho penal, según el cual, no cualquier bien jurídico, sino aquellos que son considerados como fundamentales y siempre que las otras ramas del Derecho no hayan podido solucionar el conflicto; por lo que los conflictos menos graves o leves deben resolverse a través de otras ramas del Derecho¹³¹. Es decir, solo lesiones graves, deben reclamar la participación del derecho penal mediante el despliegue de su

¹²⁸CALDEVILLA MICCICHE, Fidel Esteban. El principio de intervención mínima del estado como límite al ejercicio del ius puniendi en nuestro sistema de derecho penal, en Panorama de la ciencia del derecho en Cuba, una publicación de Unión Nacional de Juristas de Cuba, Cuba, 2009, p. 443.

¹²⁹AGUADO CORREA, Teresa. Óp. cit, p. 160.

¹³⁰ Ibídem.

¹³¹SÁNCHEZ FRANCISCO, Julio Roberto. Óp. cit. P. 280.

legítimo ius puniendi. En esa misma línea, GARRIDO MONTT afirma “*que el derecho penal es secundario o subsidiario, en cuanto son las otras áreas del sistema normativo las que determinan lo antijurídico*”¹³². De manera más clara, MALDONADO MALDONADO, “*señala que la determinación penal subsidiaria no tiene aplicación después de la realización de la primaria, porque aquella, pese a haber tenido lugar en forma necesaria, como grado menos peligroso de afectación, queda fuera de consideración como menos significativa*”¹³³. OSSANDÓN WIDOW, enfatiza que gracias a este principio existe un condicionamiento al recurso de la pena, sólo cuando los demás instrumentos formales o informales de protección han fracasado, es decir, en los supuestos en que verdaderamente exista una necesidad de pena¹³⁴.

D. Principio de fragmentariedad o carácter fragmentario del Derecho Penal.

El derecho penal es fragmentario, porque castiga como delito sólo parte de aquello que se califica como antijurídico (o ilícito)¹³⁵. La formulación dogmática de este principio la dio el profesor KARL BINDING, pues para él, *el legislador deja “que las olas de la vida diaria [...] traigan a sus pies las conductas que luego él recoge para convertirlas en supuestos de hecho de delitos porque resultan insoportables*¹³⁶. Prosigue OLIVER CALDERON, *que si se incriminaran todas las conductas, aun las más insignificantes, que directa o indirectamente se dirigieran contra los bienes jurídicos, se producirían una sensación general de angustia*¹³⁷, lo cual implica que no se debe proteger a los bienes más importantes de todas las agresiones contra ellos, sino, únicamente de las más graves, pues le da un sentido de proporcionalidad a la sanción penal¹³⁸.

¹³²GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 40.

¹³³ MALDONADO MALDONADO, Héctor Guillermo. Reglas de aplicación de las normas penales, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Núm. 30, Julio 2010, una publicación del Instituto de la Judicatura Federal, México, 2010, p.

¹³⁴OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2011, p. 426.

¹³⁵GARRIDO MONTT, Mario. Óp.cit, p. 40

¹³⁶OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales, Editorial jurídica de Chile, Primera edición, Chile, 2008, p. 311.

¹³⁷ Ibídem.

¹³⁸RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREDA, Gabriel. “La cárcel punitiva, naturaleza histórica, crisis y perspectiva”, en vLex International, Núm. 5, Enero 2010, Editorial vLex, Barcelona, 2010, ubicado el[12-III-

E. Principio de necesidad de la pena.

La pena debe merecerse. El Derecho Penal es el autorizado para indicar que dicho merecimiento es legítimo. Pero la pena no solo debe merecerse sino necesitarse, requerirse, reclamarse cuando menos justificada, pues su materialización implica la afectación de derechos fundamentales, por ello debe observarse los principios antes descritos a fin de evitar arbitrariedades y hacer de los mecanismos de sanción penal vías abusivas. A parte de que debe imponerse respetando la dignidad de la persona, la igualdad de la misma con otras, de modo subsidiario, debe ser proporcional.

Después de esta construcción conceptual merece hacer una reflexión sobre la posible afectación del principio de mínima intervención con la regulación del síndrome de alienación parental. Al respecto debemos señalar que NO porque como hemos visto, el derecho penal está en función a la tutela de bienes jurídicos específicos que por mandato constitucional deben estar señalados en una norma con rango legal. En este caso, el Código Penal. Pero es menester señalar también, que hay principios constitucionales que aún no han merecido protección penal, lo cual deriva en un examen sobre la necesidad de su inserción en la norma que tipifica conducta como criminales. En efecto, como el todo estado democrático de derecho, las situaciones se van penalizando en la medida que estas se van constituyendo en graves obstáculos para el desarrollo de la sociedad. Precisamente, uno de esos bienes constitucionales que tiene incidencia directa en el progreso de la sociedad es la familia y las relaciones que se derivan de ella. Y como hemos indicado en su oportunidad, ya es tiempo que aquello que atenta contra la estabilidad familiar, de manera grave, sea regulado y sancionado penalmente. Claro está, por mandato constitucional, pues el "vínculo familiar" está tutelado en la constitución pero no está determinado en el código penal y por ello es viable su regulación a fin evitar la generación de actos que resultan impunes en el ámbito del conflicto familiar.

3.3. Marco normativo de protección de los niños y adolescentes a nivel internacional y nacional.

En los puntos precedentes hemos reseñado los conceptos de derecho penal familiar y el principio de mínima intervención del derecho penal en aras de establecer la estrecha relación entre ambas ramas jurídicas. La violencia familiar en cualquiera de sus modalidades afecta normativa internacional y nacional. Para efectos de la presente investigación hemos de tomar en consideración de los siguientes instrumentos normativos.

En primer lugar, a la Convención del Niño, específicamente sus artículos: 3º, 7º, 19º, 34º, 35º, 36º, 37º inc.

En segundo lugar, la Constitución Política del Perú, específicamente sus artículos: 4º y 6º. Así el primero contempla que *la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)*. Y el segundo en su tercer párrafo señala (...) *Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres (...)*

En tercer lugar, hemos de acudir al Código Penal. Para efectos de nuestros intereses, es menester ubicar el 122-B, Y 124-B. Estos dispositivos han sido introducidos por la Ley N° 30364 y el Decreto Legislativo 1323, de enero de 2017. Así el primero refiere;

*El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a **integrantes del grupo familiar** que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, **o algún tipo de afectación psicológica**, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36.*

La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes:

- 1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.*
- 2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía.*
- 3. La víctima se encuentra en estado de gestación.*
- 4. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.*

Y el artículo 124-B, establece los parámetros para calificar el nivel de la lesión psicológica, con el siguiente tenor:

El nivel de la lesión psicológica es determinado mediante valoración realizada de conformidad con el instrumento técnico oficial especializado que orienta la labor pericial, con la siguiente equivalencia:

a. Falta de lesiones leves: nivel leve de daño psíquico.

b. Lesiones leves: nivel moderado de daño psíquico.

c. Lesiones graves: nivel grave o muy grave de daño psíquico”.

En cuarto lugar, otra norma a la que no podemos soslayar es el Código Civil. De esta norma son pertinentes los siguientes preceptos. A decir, exactamente los artículos, el 418 el cual prescribe que ***por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.***

En quinto lugar, el Código de los niños y los adolescentes, en su Título Preliminar, Artículo IX impone como principio al Interés superior del niño y del adolescente al señalar que:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

De la misma manera, el artículo 4º del mismo cuerpo normativo, sobre la integridad personal del menor, prescribe que -

El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación.

3.4. La violencia familiar como un atentado contra el marco normativo de protección de los niños y adolescentes.

Qué duda cabe que la violencia familiar es un fenómeno transgresor de la dignidad humana. Y tampoco cabe duda respecto de su postergación por parte de

la sociedad y del Estado. Sin embargo, en los últimos años, se viene implementando políticas para su erradicación. Y como se ha hecho una práctica común, las políticas públicas implementadas no son integrales. No obstante ello, por nuestra parte respaldamos a la promulgación del conjunto de normas que tienen como fin acabar con el fenómeno de la violencia familiar. Así tenemos:

3.4.1. Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

En el capítulo II, la ley en mención define los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Así tenemos que en el artículo 6, la norma da una definición de violencia contra los integrantes del grupo familiar al ordenar imperativamente que

La violencia contra cualquier integrante del grupo familiar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar. Se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad.

Y en su **Artículo 7, inciso B, señala que son** sujetos de protección de la Ley.

*Los miembros del grupo familiar. Entiéndase como tales, a los cónyuges, excónyuges, convivientes, exconvivientes; padrastros, madrastras; **ascendientes y descendientes**; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y a quienes, sin tener cualquiera de las condiciones antes señaladas, habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; y **quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no**, al momento de producirse la violencia.*

Además en el literal b del artículo **8, define a la violencia la psicológica con el siguiente tenor:**

b) Violencia psicológica. *Es la acción o conducta, tendiente a **controlar** o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos. Daño psíquico es la afectación o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo.*

Finalmente en sus disposiciones complementarias modificatorias, dispone modificar el Código Penal, así la primera disposición complementaria modificatoria establece la que deberá modificarse los artículos 45, 121-A, 121-B, 122, 377 y 378 del Código Penal. En la segunda Disposición Complementaria Modificatoria ordena que se incorpore los artículos 46-E y 124-B al Código Penal.

3.4.2. Decreto Supremo N° 009-2016-Mimp: Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar.

El artículo 08 de este instrumento prescribe que para sus efectos son modalidades de violencia:

1. *Los actos de violencia contra las mujeres señalados en el artículo 5 de la Ley.*
2. **Los actos de violencia contra los integrantes del grupo familiar señalados en el artículo 6 de la Ley.**
3. *Los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar señalados en el artículo 8 de la Ley, los cuales son:*
 - a. *Violencia física.*
 - b. Violencia psicológica.**
 - c. *Violencia sexual.*
 - d. *Violencia económica patrimonial.*

3.4.3. Decreto Legislativo 1323.

En enero de 2017, se publicó el Decreto Legislativo 1323, “*que propone modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal respecto de los delitos de feminicidio y sus agravantes, (...)y la regulación vigente de los beneficios penitenciarios para combatir la violencia familiar y (...), así como proteger los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, independientemente del vínculo de parentesco con los agresores y víctimas de los mencionados delitos; resultando necesario incorporar en la legislación penal precisiones normativas a fin de fortalecer la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar (...), y se proteja de modo efectivo a los grupos vulnerables de mujeres, niñas, niños y adolescentes de la violencia familiar y cualquier otra forma de violencia y discriminación, (...)*”.

Por ello, y en aras de fortalecer la lucha contra la violencia familiar en todas sus modalidades, se modificó el Código Penal, incorporando el artículo 122-B, el cual dispone:

El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36.

La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes:

- 1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.*
- 2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía.*
- 3. La víctima se encuentra en estado de gestación.*
- 4. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.”*

Así pues el legislador, deja en claro, que la violencia familiar no solo es física sino psicológica y que en ambos casos merece reproche penal.

3.5. Proyectos de ley a nivel comparado que pretenden la penalización del SAP.

Una vez revisada sucintamente la legislación sobre los derechos de los niños, y como es que estos se ven vulnerados mediante actos que constituyen violencia familiar, corresponde ahora, acudir a la legislación comparada que tiene en sus proyectos el mismo objeto que nosotros pretendemos: la regulación del síndrome de alienación parental.

3.5.1. México:

En México, en el año 2016, se han presentado dos iniciativas parlamentarias que tienen directa relación con el asunto que nosotros venimos investigando. En primer lugar, está la Iniciativa parlamentaria que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal, de fecha 29 de abril de 2016. Y en segundo lugar, iniciativa parlamentaria que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños Y Adolescentes, también de 29 de abril de 2016.

A. Iniciativa parlamentaria que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal, de fecha 29 de abril de 2016.

Mediante esta iniciativa legislativa, la Diputada, Ana María Boone Godoy, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional en la LXIII Legislatura, propone como Proyecto que se agregue un nuevo artículo 343 Quáter al Código Penal Federal y se modifica la numeración del actual artículo A 343 Quinquies¹³⁹.

¹³⁹ Proyecto que propone que se agregue un nuevo artículo 343 Quáter al Código Penal Federal y se modifica la numeración del actual artículo A 343 Quinquies.- Exposición de Motivos: El derecho a la familia, reconocido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, garantiza a todos los niños y las niñas el derecho a tener una familia, entendiendo este como la integración al núcleo social por excelencia, vinculando al niño con una historia y otorgándole una barrera de protección contra cualquier afrenta a sus derechos. La familia, por simple definición, es una comunidad de personas unidas por un lazo de parentesco, el cual genera entre sus integrantes obligaciones morales y materiales que van encaminadas al mejoramiento de la calidad de vida y la superación tanto de cada uno de sus miembros como del grupo en sí. Para el estado de derecho, la convivencia de un niño con su familia es un axioma, y salvo que vaya en contra de su bienestar o de sus intereses, las niñas y niños siempre deberán tener derecho de ver a sus padres, independientemente de si los mismos se encuentran unidos en vínculo matrimonial o no. Este derecho, elemento sine qua non de un sano desarrollo infantil, se encuentra garantizado por el derecho internacional, toda vez que la Asamblea General de las Naciones Unidas la ha reconocido dentro de múltiples acuerdos y postulados, a fin de garantizar que las niñas y niños tengan mejores condiciones de vida. En efecto, la previamente citada Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la ONU el 20 de noviembre de 1989, comprende 54 artículos, en los cuales, repetidamente se hace mención explícita y directa sobre la convivencia del niño con su familia, y, precisamente en el artículo 9 de este documento, se establece que los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres, y que en el caso de que este separado de uno o ambos progenitores, los Estados parte deberán respetar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular. Dicha previsión resulta sumamente importante, toda vez que según información del Inegi, 18.5 por ciento de los hogares familiares en México es monoparental; es decir, está encabezado por uno solo de los padres. En términos simples, prácticamente uno de cada cinco hogares mexicanos, y, según información del mismo instituto, 76 por ciento de estos hogares se encuentra en dicha condición por causal de divorcio, la cual por sus elementos obvios, dificulta la convivencia entre los hijos con el padre que ha abandonado el hogar familiar. Desgraciadamente, el derecho de convivencia de las hijas e hijos con los padres divorciados es un tema que tiene un impacto inmensurable en el sano desarrollo infantil, y la disputa más constante en un divorcio suele ser en la que el progenitor con la custodia del menor obstaculiza o impide la convivencia de este con su otro ascendiente, esto en afectación directa del padre alienado pero también del hijo impedido, aun cuando no se ejerza sobre este mismo ningún tipo de violencia para impedir la convivencia. Uno de los efectos más graves de este tipo de acciones es el conocido como síndrome de alienación parental, término acuñado por el psiquiatra Richard Gardner para identificar el desorden en el cual un niño adquiere sentimientos de rencor hacia uno de sus progenitores no por razones personales o por actos imputables al mismo, sino por la separación inducida por quien mantiene la guarda custodia del menor. Actualmente, si bien la ley reconoce en el derecho familiar las vías para la solución de este tipo de conflictos, no existe ningún tipo de castigo a la práctica, y se deja a potestad de la intervención de un juez civil el que se establezcan las medidas cautelares que garanticen la convivencia entre hijos y padres divorciados, sin embargo la falta de una repercusión contundente al progenitor que impida o estorbe la convivencia hace de esta práctica un riesgo siempre presente. La iniciativa que hoy propongo, en observancia

B. Iniciativa parlamentaria que reforma y adiciona diversas disposiciones de la ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes, de 29 de abril de 2016.

Si bien esta iniciativa no ingresa al ámbito penal, deja por sentado que se debe reformar y adicionar diversas disposiciones de la *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*¹⁴⁰.

del interés superior de la niñez, busca equiparar al delito de Violencia Familiar, comprendido en el Código Penal Federal, a todo aquel que sin causa justificada impida u obstaculice la convivencia entre padres e hijos, este o no emparentado con estos, a fin de evitar que tanto los progenitores con guarda custodia de manera personal, o con auxilio de terceros, se interpongan entre el legítimo derecho de un hijo de convivir con su familia. Hay que destacar que el tipo penal de violencia familiar descrito en los artículos 343 Bis y 343 Ter de este código es muy amplio, y cataloga como violencia familiar a todo acto o conducta de dominio o control, agresión física, psicológica, patrimonial o económica, sin embargo, la gran capacidad dada al tipo penal le dota de una ambigüedad en detrimento de algunos actos como el que concierne la presente iniciativa, ya que la convivencia entre ascendientes y ascendientes puede obstaculizarse sin hacer uso de violencia, actos de control o dominio e inclusive a través de la interferencia de terceros. Por lo anterior propongo que se agregue al Código Penal Federal un nuevo artículo 343 Quáter, que equipare la figura de violencia familiar y se sancionará con una pena similar a todo aquel que realice actos orientados a obstaculizar o impedir la convivencia de los hijos con uno o ambos padres, estén o no emparentados a cualesquiera de estos, y a la vez, el artículo 343 Quáter actual, que fija el actuar del Ministerio Público en estos casos, pase a convertirse en artículo 343 Quinquies, adverbio numeral latino que le sigue, a fin de respetar la numeración de los preceptos posteriores sin modificar el texto actual. (...)"

¹⁴⁰ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.- “La nueva conformación de familias, las múltiples separaciones de las parejas y los divorcios que han aumentado en toda la República Mexicana, han generado que las controversias de índole familiar, se tengan que resolver por la vía judicial. Por ende, los conflictos incluyen a los hijos, detectando en muchos de ellos, estrés innecesario, cambio de comportamiento que afecta su salud, provocando así inseguridad en un futuro para ellos. La familia es sin duda el primer vínculo con el que se inicia el desarrollo cognitivo, afectivo y social de cualquier ser humano y es ahí en donde se construye una imagen de nosotros mismos y del mundo que nos rodea. La familia ha sufrido diversas modificaciones culturales e históricas, mismas que ocasionaron su situación actual y que dan lugar a una conformación distinta en cada caso. Uno de los sectores más vulnerables en este país, es la población infantil y adolescente, actualmente esta sociedad ha presenciado de manera gradual y sistemática, violación a sus derechos a través de múltiples y sutiles prácticas de violencia que inciden en los procesos de formación y socialización de los menores. El Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en el tema de población, hogares y vivienda, tiene un apartado de violencia en los hogares, denominado maltrato infantil; sin embargo, no existe una diferenciación en el tipo de violencia que recibieron los menores, por lo que se desconoce si la población que señala fue víctima de violencia basado en los divorcios de padres y madres, desatando como consecuencia que desarrollen, el **Síndrome de Alienación Parental**. El termino, fue propuesto en 1987 por Richard Gardner, psiquiatra y psicoanalista estadounidense. Su definición es: "Un trastorno de la infancia que surge casi exclusivamente en el post divorcio en el contexto de los conflictos de guarda o custodia. Su manifestación primaria es la injustificada campaña de denigración emprendida por el niño contra uno de sus progenitores. Esto resulta de la combinación de una programación o lavado de cerebro por cuenta del otro progenitor por una parte, y de las propias contribuciones del niño a la difamación del progenitor difamado, por la otra", por citar un ejemplo. La fuente de obtención de la información fue la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia en 2011, dependencia que no interviene en todos los juicios familiares, por lo cual no tendría información real de que niñas, niños y adolescentes presentan el **síndrome** en mención. Un fenómeno que se da con mayor frecuencia afectando a los niños, es en el divorcio debido a que alguno de los padres o

3.5.2. Chile:

En otro país, donde el síndrome de alienación parental es concebido como un fenómeno que atenta contra los derechos de los niños, es Chile. Precisamente al igual que en México, los legisladores sureños, han presentado varios proyectos que proponen su regulación específica en el ordenamiento jurídico chileno. De estos se destacan el Proyecto de Ley Núm. 10516-18 de c. Diputados, de 13 de enero de 2016, y el Proyecto de Ley Núm. 5917-18 de c. Diputados, de 21 de junio de 2013.

A. Proyecto de Ley Núm. 10516-18 de c. Diputados, de 13 de enero de 2016, el cual pretende modificar las leyes N° S. 19.968 y 20.066, en el sentido de

tutores quiere transformar la conciencia de sus hijos con el objetivo de destruir el vínculo con el otro padre y así poder manipular y programar a los hijos para a su conveniencia. El contexto de conflictos de custodia física o moral entre los padres genera diversas inseguridades en los menores, en respuesta a ello se da un desorden que altera sus respuestas emocionales, los problemas que existen entre los padres se encuentran materializados en los niños, y para lo cual se han buscado diferentes soluciones. Es fundamental que el Estado garantice el cuidado del interés superior de la infancia, por ello es importante como legisladores, contar con los ordenamientos jurídicos que contemplen las diferentes formas que coartan la libertad de los derechos de las y los menores. En algunos estados se ha dado predominancia a la figura del tutor especial de los menores o, en otros la creación de centros de convivencia para padres e hijos, buscando su reintegración.(...)En el mismo estado, el 19 de noviembre del 2007, se introdujo en el Código Civil la figura del **Síndrome de Alienación Parental**, en su artículo 434, disponiendo: "Quién ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente, en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de **alienación parental**". De igual forma, en la fecha en mención se reformó el Código de Procedimientos Civiles, incluyendo una audiencia para que los niños, niñas y adolescentes emitieran su opinión, así como las reglas de su funcionamiento, dispuesto en el artículo 242 BIS. La finalidad de establecer la forma de emitir opinión del niño, fue evitar su revictimización e identificar signos de violencia generados en su contra, para que los menores manifiesten opiniones a favor de sus progenitores. A partir de 2005, en todos los juicios, magistrados de los Tribunales Colegiados y jueces de Distrito del estado de Aguascalientes, comenzaron a designar de oficio un tutor especial a todos los niños, a efecto de que defiendan sus derechos por existir intereses contrarios de padres y familiares, como consecuencia de sentencias emitidas por jueces federales, quienes empezaron a ordenar la reposición de los juicios, para que se le designara un tutor especial y posteriormente sean escuchados los menores en presencia de su tutor, partiendo de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. De igual manera dependiendo de la resolución impugnada empezaron a ordenar la reposición de los juicios familiares a efecto de que el juez familiar que conocía en primera instancia el juicio, ordenara el nombramiento de un tutor especial para que fuera la persona que representará a los menores ante los intereses opuestos de quien ejerce la misma tutela.(...)Es evidente que al no existir convenio entre los padres de un menor respecto a su custodia, días de convivencia y pensión alimenticia, se presenta un conflicto de intereses, ya que cada uno de los progenitores está pensando en ganar el juicio, sin contemplar la afectación que sufre su hijo, dañando así su salud emocional.(...)"

considerar el síndrome de alienación parental como acto constitutivo de violencia intrafamiliar.¹⁴¹

B. Proyecto de Ley Núm. 5917-18 de c. Diputados, de 21 de junio de 2013, el cual pretendía introducir modificaciones en el Código Civil y en otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados¹⁴². Dicho proyecto contempló en su oportunidad diversos fundamentos entre los que se destacan:

¹⁴¹ **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:** El síndrome de alienación parental es un trastorno que se presenta en la niñez y que se traduce en una denigración sistemática hacia uno de los progenitores con los que el menor tenía previamente una relación de afecto. De esta manera, la buena relación que existió entre el progenitor con su hijo resulta gravemente dañada por el actuar del otro padre que sistemáticamente predispone negativamente al niño; generalmente en el marco de una separación. El síndrome de alienación parental es una forma grave de maltrato infantil y debe ser enfrentada y sancionada por la ley. En efecto, en algunos países la alienación parental es considerada como una vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y es sancionada como tal. En todo caso, se trata de una figura de aparición reciente, y por lo general se incorpora en normas referentes a relación directa y regular o cuidado personal. Caso concreto de lo anterior y quizás extremo, es la figura penal que contiene la legislación argentina para el padre que ponga barreras al ejercicio del derecho del otro progenitor a una relación directa y regular. Por otra parte, países como Méjico han modificado su Código Civil, incorporando en las disposiciones dedicadas a la violencia intrafamiliar normas donde se alude expresamente al Síndrome de Alienación Parental como constitutivos de la misma. Algo similar ocurre a nivel jurisprudencial, donde tanto tribunales internacionales como nacionales, demuestran a través de sus fallos reconocer la existencia del Síndrome de Alienación Parental como una realidad que afecta psicológicamente a niños y adolescentes, particularmente cuando se judicializan los procesos de separación. Sin embargo, la discusión en torno a su realidad concreta no es pacífica, y existen especialistas que se permiten discutir su existencia ante una eventual precariedad de la evidencia científica. No obstante esto, y alejándonos de la discusión en esa sede, es del caso señalar que basta la observación de procesos judiciales de relación directa y regular, alimentos, divorcios, o cuidado personal, para constatar empíricamente la existencia del síndrome de alienación parental. Los daños que produce esta situación no son menores, e incluso ya cuenta con víctimas fatales en otras latitudes. Se trata de niños, que angustiados ante el conflicto de lealtades al que son expuestos por sus progenitores, han decidido quitarse la vida. Por ello, sometemos esta moción a trámite legislativo, en el entendido que si bien no se trata de un acto criminal, corresponde sancionarlo en carácter de violencia intrafamiliar por las cicatrices que deja en niños y adolescentes, y en la relación sana a la que estos tienen derecho con sus progenitores de acuerdo a la Convención de Derechos del Niño. Por lo mismo, modificamos la ley de Violencia Intrafamiliar incorporando al Síndrome de Alienación Parental como causal de la misma, y facultamos al juez de familia para decretar medidas cautelares referidas al cuidado personal y a la relación directa y regular entre el menor y el progenitor que comete la conducta. Por lo anterior, venimos en proponer el siguiente: PROYECTO DE LEY. (...)”

¹⁴² **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.** “I- Consideraciones Previas.- Los tiempos cambian, de ello no hay duda. Con el paso de los años las costumbres, paradigmas y visiones individuales y sociales se han modificado. Si algunos de nuestros abuelos hubiera leído el encabezado de la presente moción se hubiera escandalizado. Para ellos la idea de que un niño creciera sin una familia constituida era simplemente impensable. Hoy no es así. Son muchas las familias que han deshecho sus vínculos y muchos los hogares monoparentales en donde el otro progenitor es un proveedor con derechos limitados o simplemente no existe, sea porque no le interesa

participar activamente en el crianza del menor, sea porque enfrenta obstáculos que le impiden hacerlo. La separación de los padres de un menor es uno de los hechos que marcará la vida de éste. La tonalidad negativa dependerá sin duda de cómo ambos padres manejen la situación post ruptura y, en particular de cómo sean capaces de resolver sus conflictos sin involucrar ni contaminar al menor en dicho proceso. El adecuado desarrollo psicológico y emocional del menor dependerá de muchos factores. Uno de ellos es la presencia de una imagen paterna y materna sana, cercana y presente. Estamos de acuerdo que en ausencia de uno de los padres este rol puede ser asumido por algún tercero vinculado al menor, transformándose en imágenes arquetípicas. No obstante, la carencia o visión distorsionada de alguno de ellos incidirá en la autoestima, seguridad y estabilidad emocional del menor en su vida adulta a niveles que aún se encuentran en estudio en la psicología moderna. Tal es la importancia del tema que la Declaración Universal de los Derechos del Niño, estable en el principio número seis que: "Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material". Estimamos que este derecho infantil debe ejercerse aunque los padres no vivan bajo el mismo techo, los que deberán en este caso cumplir todas sus responsabilidades morales, afectivas, formativas y pecuniarias hacia el menor, procurándole además el ambiente afectivo adecuado para su crecimiento. En torno al tema planteado, cabe destacar que la American Psychological Association (APA) ha reconocido una forma de trastorno de la conducta familiar en la que existiendo menores uno de los padres incurre en conductas tendientes a alienar (alejar) en la mente del menor al otro progenitor. Se trata del Síndrome de Alienación o Alejamiento Parental (SAP). A continuación examinaremos las características de éste.

II. El Síndrome de Alienación o Alejamiento Parental. (SAP)

El estudio de este trastorno es relativamente reciente. En el año 1985, Richard Gardner, profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría infantil de la Universidad de Columbia, definió el Síndrome de Alienación Parental como un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños, cuando el niño sufre un sistemático "lavado de cerebro" (programación) por parte de uno de los padres, con miras a obtener la vivificación de la imagen del otro progenitor en la mente menor obteniendo en el tiempo un resultado concreto el alejamiento y rechazo del menor hacia el padre alienado y el debilitamiento progresivo y, a veces irreparable de los lazos afectivos que los unen. En el desarrollo de este tema nos basaremos en la obra de José Manuel Aguilar Cuenca, psicólogo clínico y forense e iremos desentrañando esta suerte de "Guerra de los Roses" en donde el gran perjudicado de la manipulación y abuso emocional ejercida por uno de los padres para que su hijo rechace injustificadamente al otro progenitor es nada más ni menos que el propio menor. Según este profesional el SAP es un tipo de maltrato infantil cuyas estrategias sutiles, (la programación constante ejercida por una figura de autoridad, específicamente padre o madre), su apoyo en creencias socialmente aceptadas, (a modo de ejemplo una frase que hemos escuchado desde pequeños: "toda madre quiere lo mejor para sus hijos") y su desarrollo en la intimidad del hogar hacen difícil su descubrimiento y abordaje. El autor plantea que el Síndrome de Alienación Parental (SAP) es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. El diagnóstico del SAP se basa fundamentalmente en la sintomatología en el niño, no en el grado en el cual el alienador ha intentado inducir el desorden. Para que exista SAP tienen que concurrir copulativamente tres elementos a saber: 1) Campaña de denigración o rechazo o denigración hacia un padre persistente en el tiempo, no se trata de un episodio ocasional; 2) No existe motivo plausible para la promoción de esta campaña de denigración o rechazo. El alejamiento por parte del menor no es una respuesta razonable al comportamiento del padre rechazado. Normalmente, el padre víctima de la alienación es percibido como un padre normal desde un punto de vista basado en la capacidad parental. 3) El otro progenitor ha ejercido una influencia en el menor gatillando este tipo de reacción. Los especialistas describen al progenitor alienador como una "figura protectora", que actúa cegado por sentimientos de rabia, resentimiento o venganza hacia la persona con la que procreó un hijo. Esas emociones y sentimientos suelen enmascararse desempeñando el rol de víctima y desde esa posición agrede al otro progenitor, por vía indirecta haciendo creer a los hijos que existe un padre o madre "bueno" y que el otro padre es "malo". Ese mensaje puede tener funestas consecuencias en la psiquis infantil ya que el menor, víctima de esta

manipulación generará sentimientos de frustración, culpa e inseguridad. En algunos casos el alienador puede incluso adoptar actitudes engañosas como "hacer el esfuerzo" para que exista contacto entre los hijos y el otro progenitor, o manifestar sorpresa por la actitud de rechazo o distancia de los hijos hacia el progenitor ausente. A nivel conductual los padres alienadores suelen tener algunos comportamientos sostenidos en el tiempo. Enunciaremos a modo ejemplar algunos de ellos: a) Boicot a los horarios de visita al menor; b) Obstaculizar, limitar o interferir arbitrariamente la comunicación efectiva entre el menor y el padre que no vive con él. Por ejemplo, impedir comunicaciones telefónicas, por mail o chat, presionar al menor para que termine la comunicación o invadir la privacidad del menor. - Se observan a menudo los mismos comportamientos en el progenitor alienador, quien sabotea la relación entre los hijos y el otro progenitor; c) Alejar injustificadamente al otro progenitor de las actividades y problemas de los hijos; d) Denostar al otro padre, efectuar comentarios negativos en forma constante sobre él delante de los niños; e) Programar negativamente al menor respecto de su percepción del otro progenitor como de las expectativas emocionales y afectivas que puede tener respecto de él; f) Incorporar al entorno familiar cercano en esta suerte de programación o "lavado de cerebro"; g) Sancionar al menor o hacerle sentir culpable si éste persiste en mantener su relación con el otro padre; h) Interposición de denuncias de violencia intrafamiliar falsas en contra del otro progenitor. Como puede apreciarse el SAP se basa en conductas en las que la intención del padre o madre que incurre en ellas juega un rol importante. En ese sentido el silencio de la ley y hay que decirlo, la ausencia de reproche social cuando es la madre quien ejerce estas conductas hay debilitado el régimen de protección al menor en caso de que sus padres no estén viviendo juntos. III. El síndrome de alienación parental en derecho comparado y jurisprudencia. Corresponde señalar, en primer término, que la Convención sobre los derechos del niño, suscrita por Chile el 26 de enero de 1990 y promulgada mediante Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990, previene en su artículo 9 que: "los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Luego, el número 3 del artículo 9, previene que: "los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño." A continuación el artículo 18 número 1 de la Convención establece que: "los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño." El interés superior del niño debe inspirar nuestra normativa, las decisiones judiciales, el trabajo de los especialistas, el desempeño de los padres en su rol. Los niños no son botines de guerra, son personas respecto de las cuales la sociedad toda tiene una responsabilidad de garantizarles un adecuado desarrollo mental, emocional, afectivo y psíquico. En Europa ya existe jurisprudencia que reconoce la existencia y efectos nocivos del SAP. En efecto, en el año 2007 una juez de Manresa (Barcelona) ha retirado a una mujer la guardia y custodia de su hija de ocho años por incumplir de forma "constante" el régimen de visitas concedido al padre, de quien está separada, y provocar en la menor una fobia hacia él que hace que se niegue a verle. La magistrada, por otra parte, concedió al padre la custodia de su hija y suspendió por un período mínimo de medio año cualquier comunicación y visita de la madre y de su familia hasta que pueda restablecerse el contacto con la menor. Además la niña deberá seguir un tratamiento psiquiátrico. Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2000, dictó sentencia favorable a un padre al que se le había denegado el "régimen de visitas" sobre la base de las declaraciones de su hijo de cinco años, víctima del síndrome de alienación parental. En nuestro país, el reconocimiento del SAP se ha manifestado recientemente en la sentencia del Tribunal de Familia de Coquimbo el que reconoce los derechos de un padre frente a una actuación que "con la excusa de buscar un bien, puede impedir el normal desarrollo del niño. **IV- Contenido del proyecto.** Este proyecto busca

3.6. Jurisprudencia que dispone sanción del Síndrome de Alienación Parental.

Si la doctrina y la legislación comparada le dan un pormenorizado tratamiento al SAP podemos aseverar que la Jurisprudencia no es ajena al fenómeno. en nuestro país, y en otros, los tribunales supremos han tenido que dilucidar varias controversias que tienen contacto directo con la realidad que venimos describiendo. Así tenemos:

3.6.1. Perú

3.6.1.1. Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Permanente de 26 de Abril de 2011-Expediente2067-2010.

En esta sentencia, la Sala Suprema Civil Transitoria, aborda al SAP, tomando los conceptos de GARDNER, y le dota de reconocimiento como un problema ligado a la dinámica familiar quebrantada por la ruptura del vínculo emocional entre el niño, que es la víctima y el progenitor alienado. Esta situación a decir de la Sala afecta los Derechos y el Interés Superior del Niño. Así se destaca de los siguientes considerandos.

Vigésimo.-

Que, la conclusión antedicha alude a que los niños evaluados presentan el denominado "Síndrome de Alienación Parental", que según los estudios aportados por la doctrina, en especial por Richard Gardner y Aguilar Cuenca, puede ser definido como: 1) El establecimiento de barreras contra el progenitor que no detenta la custodia del hijo; 2) La manipulación ejercida por un padre sobre su hijo a fin que rechace la figura del otro progenitor; y, 3) Programación del hijo para que sin justificación odie al otro

fortalecer la integridad del menor y persigue el propender a que el menor tenga la mejor calidad de vida posible en caso de que sus padres no vivan juntos. Para ello, se modificará el artículo 222 del Código Civil en orden a consagrar nuevas obligaciones de los padres a favor del menor. Luego, acorde con las nuevas tendencias parentales y sociales, estimamos que ambos padres tienen el derecho y el deber de criar y educar a sus hijos en forma compartida, modificando el artículo 225 del Código Civil. Consagrar en el artículo 229 del Código Civil la figura del SAP. Con el objeto de evitar la judicialización de estos temas y en el entendido que este proyecto busca fortalecer el entorno del menor encontrando soluciones más que proponiendo sanciones es que proponemos someter obligatoriamente a mediación este tipo de conflictos. Facultar al juez para suspender o modificar el régimen de tuición de un menor cuyo padre o madre que lo tuviere a su cuidado cometiere conductas de alienación respecto del otro progenitor o alentare al menor a proferir declaraciones falsas que afecten la honra e integridad del otro padre. (...)"

progenitor. El síndrome de alienación parental es catalogado por C. Segura y otros como un tipo de violencia o maltrato emocional de los padres a sus hijos, cuyo origen es la separación y consiguiente disputa de los padres por la tenencia y custodia de aquellos.

Vigésimo Primero

*- Que, la Sala acorde a la referida conclusión pondera la necesidad de que los niños restablezcan inmediatamente vínculos afectivos con su progenitora, tanto más de la alerta ante el peligro de que sufran daños emocionales profundos como consecuencia del síndrome de alienación parental propiciado por el padre biológico y la familia paterna; como tal, no se contraviene el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, sino, que por el contrario se prioriza en forma implícita el principio del interés superior del niño. En este extremo, debemos señalar que la autoridad parental, como manifestación del ejercicio de la patria potestad, y, por ende, de la tenencia y custodia, no supone, como así lo ha señalado el Tribunal Constitucional por la sentencia precedentemente invocada, la crianza o el control arbitrario del niño, peor aún si esto implica atentar contra una diversidad de derechos fundamentales, como el derecho a la integridad, el derecho al desarrollo de la personalidad, el derecho a vivir en un ambiente sano y crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.
(...)”*

3.6.1.2. Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria, de fecha 31 de Agosto de 2011-Expediente N° 5138-2010.

En esta sentencia, la Corte Suprema, advierte, que de comprobarse la existencia del SAP, debe propenderse a garantizar la protección del menor alienado, por resultar dañino para su salud. Esto último se colige a partir de la lectura del considerando quinto, donde se detalla:

Quinto.-- Que, (...) de los informes psicológicos de la menor (...), los mismos que han sido merituados por las Instancias de Mérito se llega a verificar, en un principio, que la citada menor se identificaba con ambos padres, no obstante, y en la medida que con posterioridad la madre obtuvo provisionalmente su tenencia, se advirtió según un informe psicológico posterior que dicha menor tenía una reacción y conducta distinta para con el padre, la que obedecería a la influencia negativa que habría ejercido la madre, lo que en términos médicos se denomina alienación parental. Dicha situación en efecto, ha permitido que la citada menor tenga una imagen distorsionada del padre, lo que para las Instancias de Mérito y estando a la propia naturaleza del presente proceso, resultan impropias y

desmerece el ejercicio cabal de una posible tenencia a favor de la madre, además que dicha situación resulta dañina para la salud emocional de las menores;(…)”

3.6.2. Chile

3.6.2.1. Causa Nº 897/2016 (Familia). Resolución Nº 469477 de Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de Mayo de 2016.

En esta sentencia, se deja en claro que el SAP en los menores, produce efectos perniciosos, denotando un cúmulo de emociones negativas que transgreden el bienestar integral que debe procurárseles en el seno de una relación familiar.

Cuarto- Que, (...) “El síndrome de alienación parental constituye maltrato emocional, que afecta el normal desarrollo del niño especialmente en las áreas del aprendizaje, se ve disminuido el rendimiento escolar, se produce un empobrecimiento de las habilidades sociales y afectivas, aumentan las conductas disruptivas y disminuye el control de impulso. Se altera el auto-concepto y autoestima del niño o niña; situación que indudablemente favorece la aparición de otros problemas que pueden constituir serios trastornos de la personalidad.(J.M.A.. SAP. Tercera edición ampliada, Atarazara 2006.)” Pero pese a la claridad de este verdadero apereamiento del tribunal contenido en la resolución antes comentada, que sin duda se adopta ante la gravedad de los perniciosos efectos que el síndrome señalado puede causar en el niño, con fecha 20 de enero de 2015, se resuelve en atención a lo informado por el psicólogo R.B. que no existía posibilidad de revinculación del padre con el hijo “dada por la oposición permanente de la madre”, decretar el restablecimiento de la relación familiar entre el padre y su hijo todos los días sábado entre las 10.00 y las 12.00 horas, en las dependencias del Tribunal, por un mes, plazo a cuyo término se dispuso que el Consejo Técnico informe sobre la modalidad progresiva de régimen de relacionamiento entre padre e hijo que se estimara más beneficioso para este último, haciendo presente a la madre que ante el primer incumplimiento de lo antes decretado, se modificará de plano la medida de protección adoptada por la de cuidado personal del niño a su pa

**TERCERA PARTE
PROPUESTA NORMATIVA**

1.1. PROPUESTA NORMATIVA: EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL, SU REGULACIÓN EN EL PERÚ.

El tercer objetivo específico de esta investigación, es Formular la regulación típica a partir de la teoría de los delitos de infracción de deber en el ordenamiento penal peruano del síndrome de alienación parental. Para ello, previamente hemos repasado los conceptos de derecho penal familiar y el principio de mínima intervención, luego hemos contextualizado el marco normativo de protección de los niños y adolescentes a nivel internacional y nacional. Por otro lado, hemos corroborado que la violencia familiar constituye un atentado contra el marco normativo de protección de los niños y adolescentes. También hemos identificado algunos proyectos de ley a nivel comparado que pretenden la penalización del SAP, de la misma manera que hemos revisado alguna jurisprudencia que ordena sancionar al síndrome de alienación parental. Y finalmente propendemos que el SAP sea considerado una modalidad de violencia familiar, por ende su regulación en el ordenamiento peruano. En consecuencia nuestra propuesta consiste en dotarle de contenido normativo al SAP en el ámbito de la violencia familiar en su vertiente penal. Es decir, el SAP al constituir un tipo de violencia familiar, puede ser castigado como delito. Delito que atenta contra la salud psíquica del menor alienado. Es decir el bien jurídico protegido en este caso es la salud del menor, de tal manera que estaríamos frente a un delito de infracción de deber donde:

La institución o Fuente Generadora del Deber es la Familia, el deber especial infringido es aquel que obliga a los padres de procurar el cuidado y protección del bienestar integral de sus hijos. El sujeto especial es el padre o madre alienante. El bien jurídico genérico es la salud psíquica del menor y el bien jurídico específico son las reglas que establece las normas que regulan la relación paterna filial.

En ese sentido, con el síndrome de alienación parental en un contexto de violencia familiar puede ocurrir, que se proponga la **creación** de ***un nuevo tipo penal y subsecuentemente un nuevo bien jurídico específico, derivado de un bien jurídico genérico existente en la institución, " familia".*** O la **inserción** de

un nuevo supuesto de hecho o circunstancia agravante en un tipo penal existente y asumir que se trata del mismo bien jurídico, tanto genérico o específico, que contiene ese tipo penal vigente.

Después de haber repasado la doctrina y la normativa vigente especialmente aquella que versa sobre violencia familiar, concluimos que el síndrome de alienación parental debe recibir un tratamiento a partir de la idea del segundo supuesto. Por tanto es necesario revisar el Código Penal; la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, el Decreto Legislativo 1323. En semejante contexto, la conducta que configura el SAP, bien puede ser insertado en el artículo 122-B del código penal, el cual ha sido modificado por el artículo 02 del Decreto Legislativo N° 1323, publicado el 06 enero 2017, el cual debería contener el siguiente precepto:

Artículo 122-B.- Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar:

*El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a **integrantes del grupo familiar** que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, **o algún tipo de afectación psicológica**, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36.*

La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes:

- 1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.*
- 2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía.*
- 3. La víctima se encuentra en estado de gestación.*

4. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.

5. Se corrobora la existencia del síndrome de alienación parental.

El SAP como modalidad de violencia psicológica, entonces se incluye como una agravante al tipo penal anterior. Por ello proponemos la inserción del inciso 5 al tipo ya referido.

CONCLUSIONES

La institución de la familia actualmente alberga una serie de problemas que atentan contra su estructura. Un problema arraigado es el divorcio y/o separación conyugal, cuyas consecuencias son lesivas para los derechos de los hijos, quienes se ven afectados de manera directa. En el marco post divorcio o de separación, se suscita un hecho trascendente nocivo, denominado por los doctrinarios como el síndrome de alienación parental. Este síndrome es conceptualizado como la manipulación que uno de los progenitores ejerce sobre el o los hijos menores que tiene con el otro cónyuge a fin de que lo ofenda con palabras o con hechos.

La teoría de los delitos de infracción de deber instaurada por el profesor alemán, Claus Roxin, sirve de fundamento para sancionar aquellas conductas mediante las cuales, un sujeto al perpetrar una conducta, ha infringido deberes especiales que le son impuestos por una fuente generadora como la institución de la familia. Con dicha teoría, el reproche al injusto penal es mayor. Por tanto, el síndrome de alienación parental, al darse en un contexto de incumplimiento de deberes específicos, se constituye como un delito de infracción de deber.

Después de revisar la normativa internacional y nacional que protegen los derechos de los niños, así como también los proyectos de ley en legislaciones extranjeras y la jurisprudencia nacional y extranjera, arribamos a la conclusión de que el síndrome de alienación parental debe señalarse en la norma pertinente como conducta sancionable. Para nosotros, la norma pertinente es la norma penal, en los delitos contra el cuerpo, la vida y la salud, en su modalidad de lesiones. Específicamente, deberá insertarse una agravante al artículo 122-B, el cual ha sido agregado por el Decreto Legislativo N° 1323, de enero de 2017.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”, en Revista penal, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ACEDO PENCO, Ángel. Derecho de familia. Editorial Dykinson, España, 2013

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio, Dykinson, MADRID, 2015

AGUILAR CUENCA, José Manuel. Interferencia de las relaciones paterno-filiales. El síndrome de alienación parental y las nuevas formas de violencia contra la infancia, en Psicología Educativa. Revista de los Psicólogos de la Educación, Vol. 13, 2007.

AGUILAR SALDÍVAR, Ahida. El síndrome de alienación parental, SAP, sus implicaciones en el binomio custodia-régimen de visitas. En Quadernos de criminología revista de criminología y ciencias forenses, ubicado el obtenido en https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TO DO=AGUILAR+SALD%C3%8DVAR%2C+Ahida.+

ALASCIO CARRASCO, Laura. El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI Nº 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los Fines Del Derecho Penal. Una Aproximación desde La Filosofía Política, en Anuario de Derecho, Núm. 28, Enero 2011, Universidad de Los Andes, Venezuela. 2011.

ALLER, Germán. Delito de infracción de deber. Ubicado el 17 [v] 2016, obtenido en <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/aller-infraccion-de-deber.pdf>

AMBOS, Kai. Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional, en Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal, Palestra Editores, Perú, 2010.

BACIGALUPO, Enrique. Los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber. Ubicado el 23 [vi] 2016, obtenido en <http://www.iestudiospenales.com.ar/parte-general/doctrina/140-bacigalupo-enrique-tentativa-fracasada-en-derecho-penal-.html>

BERNATE OCHOA, Francisco. Imputación objetiva y responsabilidad penal médica, Editorial Universidad de Rosario, Colombia, 2011.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 746, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2014.

CARO JOHN, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Ubicado 23 [vi] 2016, obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

CARO JOHN, José Antonio. Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión, en La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2011.

CASACIÓN 4664-2010 Puno. Tercer Pleno Casatorio Civil.

CAUSA N° 1414/2013 (FAMILIA). RESOLUCIÓN N° 394875 DE CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, DE 27 DE AGOSTO DE 2013.

CHINCHILLA, Antonia. El síndrome de alienación parental, Pisando charcos. Ubicado el 23 de v de 2016, obtenido en <http://vlex.com/vid/sindrome-alienacion-parental-575937906>.

CUADRADO RUIZ, María Ángeles. La posición de Garante, Revista de derecho penal y criminología, N° 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) 2000.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas {las formas de la autoría y modalidades del delito, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, ubicado [12-IV-2016], Obtenido en. <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>

DH Magazine - Núm. 27, Julio 2010, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México: ubicado en <http://vlex.com/vid/sap-destruye-amor-404931786> Páginas: 10-12

ESCUADERO, AGUILAR Lola y DE LA CRUZ Julia. La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): «terapia de la amenaza» <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v28n2/v28n2a04.pdf>

ESPINOSA INFANTE, José Miguel. Derecho de Familia. Contestaciones al Programa de Oposiciones a Notarias, Editorial Dykinson, España

EXPEDIENTE 00075-2012-0-1401-JR-FC-01: Primea Instancia

EXPEDIENTE 00075-2012-0-1401-JR-FC-01: Segunda Instancia

FARIÑA RIVERA Francisca, y otros. Implicaciones psicológicas del proceso de separación y divorcio en Psicología Jurídica de la Familia. Intervención en casos de Separación y Divorcio, Cedecs, España, 2002

FIGUEROA ORTEGA, Iván. Delitos de infracción de deber, Dykinson, Madrid, 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy. La pena del partícipe EXTRANEUS en los delitos especiales. La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú. EN Anuario de Derecho Penal 2009. Ubicado el 17 -[iv]-2016, obtenido en http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/PERCY+GARCIA+CAVERO/WW/vid/380366014/graphical_version

GARCÍA CAVERO, Percy. La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales, en La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el

Perú. Anuario de Derecho Penal 2009, Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú, 2011.

GARCÍA GARNICA, María Del Carmen. Ubicado el 27-vi-2016, obtenido en, file:///C:/Documents%20and%20Settings/ciber13/Mis%20documentos/Downloads/Dialnet,ElSindromeDeAlineacionParentalALaLuzDelInteresSupe-3150300.pdf

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal, Editorial Universitaria Ramón Arece, Madrid, 2012.

GUERRERO GUTIÉRREZ, Eduardo. Alienación parental, ubicado el 26 -V— 2016, OBTENIDO EN <http://vlex.com/vid/eduardo-guerrero-gutia-rrez-parental-524093578>

GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. Autoría y participación en la jurisprudencia del tribunal constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención?, en Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008, fondo editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2011.

HOWARD, Walter, El Síndrome De Alienación Parental, ubicado el 27-vi-2016, obtenido en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/10/Howard-El-sindrome-de-alienacion-parental.pdf>

HOYO SIERRA, Isabel Araceli y SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. Modalidades de Responsabilidad Jurídica: deber y obligación, Dykinson, Madrid, 2008.

KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho, en Revista de Estudios de la Justicia – Nº 14 – Año 2011.

MAIDA S., Ana Margarita; HERSKOVIC M., Viviana, PRADO A, Bernardita. Síndrome de alienación parental, Rev. Chil. Pediatr. vol.82 no.6 Santiago dic.

2011, ubicado el 27-vi-2016, obtenido en, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0370-41062011000600002&script=sci_arttext&tIng=en

MAYHUA QUISPE, Luis Miguel. La participación delictiva del extraneus en los delitos de infracción de deber, en Imputación y Sistema Penal, ara editores, Lima, 2012.

MEDINA PABÓN, Juan Enrique. Derecho Civil. Derecho de familia, Editorial Universidad de Rosario, Colombia, 2011,

MORAN, Carmen. Programados para odiar a mamá y a papá, en el PAIS, ubicado el 26-v-2016- obtenido en http://elpais.com/diario/2007/11/29/sociedad/1196290801_850215.html.

MORAN, Carmen. Programados para odiar a mamá y a papá, en el PAIS, ubicado el 26 -v-2016- obtenido en http://elpais.com/diario/2007/11/29/sociedad/1196290801_850215.html

NAVAS, Iván. Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal, en Política Criminal, Numero 20- diciembre 2015, Universidad de Talca, 2015.

NORIEGA MORALES, Yilian. La patria potestad en la protección al patrimonio del menor. Nuevos retos. En Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia, Unión Nacional de Juristas de Cuba, cuba, 2013, p

NUÑEZ C. Ricardo. Manual de Derecho Penal, Parte General. Marcos Lerner Editora Córdoba, Cuarta Edición, Argentina, 1999.

O'CALLAGHAN, Xavier. Familia. Derecho de familia. Su naturaleza y caracteres, en Compendio de Derecho Civil. Tomo 4 (Derecho de familia), Edersa, 2004,

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. Delitos especiales y de infracción de deber en el anteproyecto de código penal, en, Política Criminal Núm. 1, Enero 2006, Universidad de Talca, Chile, 2006.

PARIONA ARANA, Raúl B. El delito de peculado como delito de infracción de deber, ubicado el 22-VI-2016, Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/14_El_delito_de_peculado_como_delito_de_infraccion_de_deber.pdf

PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de los delitos de infracción de deber: Fundamentos y consecuencias, en Gaceta Penal N° 19, Enero 2011, Perú, 2011.

PEREDA N. y ARCH M. Abuso sexual infantil y síndrome de alienación parental: criterios diferenciales.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Derecho de familia y sucesiones, Nostra Ediciones, México, D.F, 2010

PEREZ SOLF, Iván. La conciliación extrajudicial en temas de familia (ley n° 29876 que modifica la ley n° 26872 y el d.l. 1070), en revista ius, número 06, timbre de 2013, ubicado el 28-06-2016, obtenido en http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:PE/proceso+de+tendencia/WW/vid/488378714

RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2010

ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal, InDret> 2013: Núm.: 4 ubicado el 14-IV]2016, obtenido en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270184>

ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal, ubicado el 13-iv-2016, obtenido en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270184/3577>

ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Especiales formas de aparición del delito, Tomo II, primera edición, Thomson Reuters-Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Tomo II, GRIJLEY, Lima, 2016.

SARLO, Oscar. Sobre la noción de responsabilidad en teoría del derecho y en dogmática jurídica. Ruptura: una revista interdisciplinaria de análisis jurídico, 2011, vol. 1. 2011.

SEGURA, C; GIL, MJ; y SEPÚLVEDA, MA. El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil ubicado el 27-vi-2016, obtenido en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S113576062006000100009&script=sci_arttext&tlng=en

SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL TRANSITORIA DE 1 DE ABRIL DE 2008 (EXPEDIENTE: 000870-2007)

SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL TRANSITORIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2011 (EXPEDIENTE: 002110-2011) fundamento octavo.

SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL TRANSITORIA DE 8 DE AGOSTO DE 2000 (EXPEDIENTE: 000856-2000) cdo primero_

SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL N° 40455 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2013 BOGOTÁ, D. C., VEINTICINCO (25) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013).

SENTENCIA N° 01817-2009 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2, DE 7 DE OCTUBRE DE 2009 (HABEAS CORPUS

TORRES ALZAMORA, Juan E.C. La participación en los delitos de infracción de deber. Centro de Estudios de Derecho Penal Universidad de San Martín de Porres, ubicado el 17 [v] 2016, obtenido de http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/10_2011_DELITOS_INFRACCION.pdf

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. Derecho Civil para el grado IV. Derecho de Familia, Editorial Dykinson, España

VERA TOSTE, Yan. Autoría y Participación, Editorial UNIJURIS, Cuba, 2015.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar, Dykinson, Madrid, 2013.

VICTORIA OCHOA, Diego Fernando. La condición de incumbencia especial como criterio fundante de la autoría en los delitos de infracción de deber, en VIA IURIS, Número 19 Julio-Diciembre, 2015.

VILALTA SUÁREZ, Ramón J. Descripción del Síndrome de Alienación Parental en una muestra forense, en Psicothema 2011. Vol. 23, nº 4, ubicado el 16. [XII].2015, obtenido en <http://www.psicothema.com/pdf/3934.pdf>

VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald Henry. La participación en los delitos de infracción de deber. Problemas dogmáticos y una propuesta de solución, Editorial Académica Española, 2011

ZEGARRA MULÁNOVICH, Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática, Palestra Editores, Lima, 2009